

Merc.

yg. id

Friedrich. Wechselnoten.
Zur Lehre vom Wechselnoten.

Merc.

48^{id}
—

Friedrich

Zur
Lehre vom Wechselaval.

Inaugural-Dissertation
der
hohen juristischen Fakultät der Universität
zu Marburg

behufs

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt von

Carl Friedrich.

aus Fulda.



Marburg 1897.

Druck von P. Kaesberger & Cie., Fulda.



Meinen lieben Eltern
gewidmet.

Meinen lieben Eltern
gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Erster Teil.

Das Wesen des Avals.

1. Einleitung	S. 1
2. Accessorischer Charakter des Avals	„ 2
3. Alleinaccept des Nichtbezogenen	„ 3
4. Bürgschaftsnatur des Avals	„ 14
5. Zur Geschichte des Avals	„ 26
6. Die Mitunterschriften im einzelnen	„ 40
7. Abweichende Meinungen	„ 43

Zweiter Teil.

Das Recht des Avals.

I. Entstehung der Avalobligation.

1. Allgemeines	S. 48
2. Entstehung der Obligationen nach Wechselrecht.	„ 49
3. Form des Avals	„ 57
4. Mängel. Besonderheiten.	„ 60

II. Inhalt der Avalobligation.

1. Pflichten des Avalisten	S. 62
2. Rechte des Avalisten	
a) Rechte der Verteidigung	„ 66
b) Klagerechte	„ 76

III. Untergang der Avalverpflichtung.	„ 106
---------------------------------------	-------

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Das Wesen des Avals

1	1. Entstehung
2	2. Rechtswesentliche Elemente des Avals
3	3. Abgrenzung des Avals gegenüber anderen Rechtsgeschäften
4	4. Rechtswesentliche Elemente des Avals
5	5. Die Entstehung des Avals
6	6. Die Entstehung des Avals
7	7. Abgrenzung des Avals

Zweiter Teil

Das Recht des Avals

I. Entstehung der Avalobligation

1	1. Allgemeine
2	2. Entstehung der Avalobligation nach Wechselrecht
3	3. Entstehung des Avals
4	4. Mängel, Besonderheiten

II. Inhalt der Avalobligation

1	1. Entstehung des Avals
2	2. Rechte des Avalisten
3	3. Rechte der Avalobliganten
4	4. Rechte des Avalisten

III. Umfang der Avalverpflichtung

108

Erster Teil.

Das Wesen des Avals.

1. Einleitung.

Aval ist, wie sich aus der Etymologie des Wortes — a vallo = darunter — ergibt¹⁾, die Unterschrift unter einer Wechselunterschrift und bedeutet als solche die Mitabgabe des durch jene abgegebenen Wechselversprechens. Sie ist ganz allgemein die Unterzeichnung desselben Wechsels, desselben Accepts u. s. w. durch mehrere Personen.

Aber damit ist das Gebiet des Avals nicht eng genug begrenzt. Jede — an sich vollwirksame — Mitunterzeichnung einer Wechselerklärung hat zur Folge, dass mehrere Personen für ein und dieselbe Schuld aus dem Papier haften. Diese Nebeneinanderhaftung kann verschiedenen Charakter haben; entweder stehen nämlich die verschiedenen Unterzeichner in völlig gleichem inneren Verhältnis zu der betr. Wechselschuld als lauter Prinzipal-Schuldner — wenn sich die betr. Erklärung als gemeinschaftlich abgegeben darstellt —, oder aber einer oder einige von ihnen stehen nach dem Inhalt des Papiers nicht unmittelbar im Nexus der Wechselverbindlichkeit, die sie durch die Mitunterzeichnung auf sich nehmen,

¹⁾ Treitschke, alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze I S. 242; manche halten die Ableitung von à valoir, a valore zur Bekräftigung für richtig; doch dürfte die erstere vorzuziehen sein.

sondern fügen ihre Unterschrift nur in Beziehung auf eine schon bestehende hinzu. Das sind die Fälle des echten Avals, der »eigentlichen«¹⁾ Mitunterzeichnung, die Fälle der Mitunterzeichnung einer für den Avalleistenden nach dem Inhalte der Urkunde fremden Wechselerklärung.

Bei jener — »uneigentlichen« — Mitunterzeichnung stehen die mehreren Personen zu der Wechselschuld in gleich unmittelbarem Verhältnis. Sie bietet wechselrechtlich keine Besonderheiten, da ja jeder von ihnen genau so gut Aussteller u. s. w. ist, wie die anderen; nur in den Rechtsfolgen dieser Mitunterzeichnung begegnet uns eine Besonderheit, nämlich die der solidarischen Haftung aller Beteiligten dem Gläubiger gegenüber.

Schwieriger gestaltet sich die Frage nach dem inneren Verhältnis des Avals zur Wechselobligation, die Frage, wie es denn eigentlich geschieht, dass der Avalgeber verpflichtet wird. Sie ist in hohem Grade controvers; auf die einzelnen Ansichten darüber werden wir unten S. 42²⁾ noch einzugehen haben. Im Nachstehenden werden wir nachzuweisen suchen, dass der Aval stets accessorischen, und zwar Bürgschaftscharakter im Sinne des Civilrechts hat, nicht nur dann, wenn die Mitunterschrift sich ausdrücklich als Bürgschaft bezeichnet, sondern auch, wo solch ausdrücklicher Hinweis fehlt, wofern nur nicht der Wechsel selbst eine andere Auffassung notwendig macht.

Unsere Meinung findet ihre Begründung, ausser in der WO selbst, in der Entstehungsgeschichte des Avals, dann aber auch in der Unmöglichkeit, der in der Avalleistung liegenden Willenserklärung eine andere Bedeutung beizulegen.

2. Accessorischer Charakter des Avals.

Von den besonderen aus dem Wechselrecht sich ergebenden Erfordernissen abgesehen, ist der Wechsel-Context für Inhalt und Umfang der Verpflichtungen²⁾ aus dem Wechsel massgebend, nicht minder aber dafür, wer aus demselben haften soll, bzw. soll haften können.

¹⁾ S w o b o d a, über das Wesen des Avals, in S i e b e n h a a r s Archiv Band XVII S. 25; ähnlich L o e w y, Mitunterschriften und Alleinaccept des Nichtbezogenen im Archiv für Handelsrecht von Voigt Band IV. S. 5.

²⁾ vgl. unten Seite 54 ff.

Das ist, ausser dem Aussteller, der Trassat, Remittent, Indossatar — dieser kraft vorhandener oder gesetzlich präsumierter Ordreclausel, ausser beim Rektawechsel. Mit diesen ist der Umkreis der nach Massgabe des Wechsels und unter der Voraussetzung, dass sie eine entsprechende Willenserklärung auf ihm abgeben, direkt haftenden Personen geschlossen.¹⁾ Alle übrigen Personen, die auf den Wechsel eine Verpflichtungserklärung setzen²⁾, stehen nicht unmittelbar im Wechselverbande und werden zunächst und allein durch ihre an sich vielleicht zur Verpflichtung geeignete Unterschrift nicht verpflichtet. Im engsten Zusammenhange damit steht, ja blos eine Anwendung des im vorigen ausgesprochenen ist der Satz, dass der allein acceptierende Nichtbezogene aus dem Wechsel nicht hafte; das gleiche gilt, wenn der in der Ordre-Clausel oder im ausgefüllten Indossamente nicht Genannte auf den Wechsel allein einen Giro-Vermerk setzt. Dieser Satz ist sehr bestritten und soll im folgenden bewiesen werden. Gelingt dies, so ist damit auch der Nachweis erbracht dafür, dass aus dem Wechsel nur derjenige direkt haften kann, der aus ihm passiv legitimiert ist.

3. Alleinaccept des Nichtbezogenen.

Die herrschende Meinung, die in zahlreichen Entscheidungen, namentlich auch des Reichs- und Reichsoberhandelsgerichts, Ausdruck gefunden hat, ist die von uns vertretene. Ihr steht die gerade entgegengesetzte gegenüber, auch eine Mittelmeinung ist vertreten.³⁾

Freilich ist gleich zuzugeben, dass von den Vorläufern der WO, den preussischen Entwürfen, deren letzter ja zur Grundlage der Beratungen der Leipziger Wechselconferenz genommen wurde, die ersten unseren Standpunkt ausdrücklich verworfen haben. — Wichtig und allen Entwürfen mit der WO gemeinsam ist, dass die Benennung desjenigen, der die im Wechsel angegebene Summe zahlen soll, als wesentliches

¹⁾ vgl. R. G. Bd. X S. 2, verba: „die im Wechselverbande selbst stehenden Personen.“

²⁾ Hierzu gehört auch der Ehrenacceptant; vgl. darüber unten S. 11 f.

³⁾ vgl. unten S. 10.

Erfordernis für die Gültigkeit des Wechsels bezeichnet wird.¹⁾

Der preussische Entwurf von 1836 bestimmt ausdrücklich, dass der allein acceptierende Nichtbezogene verpflichtet werde²⁾, ein Rechtssatz, von dem dann auch später die Konsequenz gezogen wird, indem bei einem Mangel in der Ehrenannahme, welcher Art er immer sei, also auch dann, wenn die Eigenschaft als Ehrenannahme sich aus dem Wechsel überhaupt nicht ergibt, unbedingte gewöhnliche Annahme als vorliegend anzunehmen sei.³⁾ Dies ist nicht etwa als eine Besonderheit aufzufassen, vielmehr ergibt sich aus dem Entwurf § 56 direkt, dass er nur einen Fall des Accepts hier annimmt; und aus der Behandlung des Ehrenaccepts folgt, dass zur Annahme durch den Nichtbezogenen nicht mehr nötig ist, als zur Annahme durch den Bezogenen, nämlich die einfache Unterschrift. Damit hat das Accept einen anderen Begriff angenommen, denn nun ist es nicht mehr eigentliche „Annahme“, sondern Eingehung einer selbständigen, von der Wechselscriptur und der in ihr gegebenen Abgrenzung des zur Haftung gelangenden Personenkreises unabhängigen Wechselverbindlichkeit; der Abgeber der Erklärung haftet als selbständiger Schuldner, als wäre er Bezogener.⁴⁾

Während nun der zweite preussische Entwurf diese Regeln noch wörtlich aufnimmt⁵⁾, zeigt der dritte schon ein Zurückgehen von diesen überaus scharfen Grundsätzen, indem er ein wesentliches Formerfordernis aufstellt⁶⁾: Die

¹⁾ WO. Art. 4 n.7, Entw. 1836 § 11 n.7, 1838 § 13 n.7, 1845 § 15 n.17, 1846 § 4 n.6, 1847 § 4 n.7.

²⁾ Entw. 1836 § 56: „Wer einen gezogenen Wechsel acceptiert, übernimmt dadurch die Verbindlichkeit, zu der in demselben bestimmten Zeit die darin verschriebene Summe, oder wenn er bei seinem Accepte einen geringeren Betrag ausdrückt, diesen zu bezahlen, und haftet dafür wechselfähig, auch wenn der Wechsel nicht auf ihn gezogen oder von einem nicht wechselfähigen ausgestellt oder an sich falsch ist, im Falle der Fälschung jedoch nur, wenn der Inhaber bei Erwerbung des Wechsels von derselben keine Kenntnis hatte. Unter dem Ausdrücke Acceptant wird aber auch derjenige verstanden, welcher einen auf ihn nicht gezogenen oder an ihn nicht adressierten Wechsel acceptiert.“

³⁾ Entw. 1836 § 72.

⁴⁾ Ausdrücklich so die Motive zu § 56 (S. 99.)

⁵⁾ Entw. von 1838 §§ 28 und 65.

⁶⁾ Entw. von 1845 § 67: „Wenn ein anderer als der Bezogene acceptiert, so muss der Unterschrift noch die ausdrückliche Erklärung der Annahme hinzutreten“.

Haftung des Nichtbezogenen soll nur dann eintreten, wenn er bei seiner Unterschrift die Annahme ausdrücklich erklärt; die übrigen Sätze sind beibehalten.¹⁾

In den späteren Entwürfen (1846 und 1847) ist der wichtige Satz weder ausdrücklich verworfen noch ausdrücklich beibehalten worden, es sagt vielmehr Entw. v. 1846 § 18:

»Der Bezogene wird durch die Annahme des Wechsels wechselfähig verpflichtet, die im Wechsel verschriebene Summe zu zahlen. Die einmal geschehene Annahme kann nicht zurückgenommen werden.« —

Da aber der Entwurf von 1846 nur eine Umarbeitung desjenigen von 1845 ist, so wäre wohl anzunehmen, dass seine Redaktoren einer etwaigen Abweichung ihrer Auffassung von dem — ihnen vorliegenden — früheren Entwurf in irgend welcher Form bestimmten Ausdruck verliehen haben würden. Da dies nicht geschehen ist, so steht jedenfalls der Annahme, dass sie in der besprochenen Frage auf dem Standpunkte des Entwurfs von 1845 standen, nichts entgegen. Geradezu bewiesen wird dies durch den Umstand, dass bei dem hier besonders in Betracht kommenden § 19 die §§ 66 und 67 des Entwurfes von 1845 citiert sind. Der Inhalt des § 67 ist oben S. 4 Anm. 6 schon angegeben, während nach § 66 für das Accept des Bezogenen dessen einfache Unterschrift auf dem Wechsel genügen soll.

Wenn nun § 82²⁾ des Entw. von 1846 bestimmt:

»Die wechselfähige Verhaftung trifft den Aussteller, Acceptanten und eigentlichen Indossanten des Wechsels, sowie jeden Unterzeichner des Wechsels, Accepts und eigentlichen Indossaments, wenn auch die Eigenschaft als Bürge dabei bezeichnet ist«,

so wollten damit die Redaktoren auch den nichtbezogenen Acceptanten als »Acceptanten« betrachtet wissen. Aber es ist nach allgemeinen Grundsätzen als Wille des Gesetzes nicht dasjenige anzusehen, was sein Verfasser sich dabei

¹⁾ vgl. das. § 73: „Verbindlichkeiten des Acceptanten. Wer einen Wechsel acceptiert, übernimmt dadurch die Verbindlichkeit, zu bestimmter Zeit die Zahlung zu leisten, und haftet dafür wechselfähig, auch wenn der Wechsel nicht auf ihn gezogen ist, auch wenn er falsch sein sollte.“

²⁾ Der citirte § 82 nimmt die Bestimmungen des § 32 des Entw. von 1845 auf und entspricht dem § 74 des Entw. von 1847 und dem Art. 81 WO.

gedacht hat, sondern was sich als Wille des Gesetzgebers im Gesetze selbst kundgiebt. Das entsprechende gilt natürlich auch vom Entwurfe; beigegebene Motive oder Erläuterungen können als Wegweiser bei der Interpretation dienen, haben aber nur Bedeutung, soweit sie sich mit dem Wortlaut des Gesetzes vertragen, nicht aber, soweit sie demselben widersprechen oder soweit sie etwas aussprechen, wovon das Gesetz nichts weiss. Was also nicht direkt oder indirekt im Entwurfe ausgesprochen ist, ist auch nicht als dessen Inhalt zu betrachten. Der Entwurf von 1846 aber spricht den in Rede stehenden Rechtssatz weder direkt noch indirekt aus; so entscheidende Worte, wie im Entwurfe von 1845

§ 67: »wenn ein anderer als der Bezogene acceptiert«

§ 73: »auch wenn der Wechsel nicht auf ihn gezogen ist« finden sich in ihm nicht.¹⁾ So ergibt sich demnach aus dem Entwurf selbst nicht mehr positiv die Auffassung, dass auch der nichtbezogene Acceptant Acceptant sei. Als stillschweigend ausgesprochen aber einen solchen Satz aus ihm zu folgern, halten wir nicht nur für bedenklich, sondern auch aus besonderen Gründen für geradezu unmöglich, denn es spricht der Entwurf vom Accept immer nur im Zusammenhang mit dem Bezogenen.²⁾ Ausserdem ist ja, wie oben schon erwähnt, die Benennung desjenigen, der die Zahlung leisten soll, als wesentliches Erfordernis für die Gültigkeit des Wechsels behandelt.

Die Haftung des nichtbezogenen Acceptanten, welcher nun nicht mehr »Acceptant« ist, wäre nun auch nicht mehr eine Consequenz aus dieser seiner Eigenschaft, sondern eine Besonderheit, die zu ihrer Geltung um so mehr ausdrücklicher Statuierung durch das Gesetz bedürfen würde, als dies ja auch die Haftung des echten Acceptanten besonders ausspricht. Für die Aufstellung einer solchen Besonderheit aber das Wort des § 82 »Unterzeichner« genügen zu lassen, halten wir für unrichtig. Vielmehr ist der hier sog. Unterzeichner nichts anderes als der »Mitunterzeichner« des Art. 81 WO. Dass der alleinacceptierende Nichtbezogene nach dem Entwurf von 1846 unter diesen Begriff fallen sollte, ist nicht an-

¹⁾ Die betreffenden §§ sind §§ 18 und 19, welche ihrerseits den §§ 21 und 22 des Entw. von 1847 fast wörtlich entsprechen. Ihr Inhalt kam in WO Art. 22 und 23.

²⁾ Entw. 1846 §§ 18 und 19.

zunehmen; denn auch der Entwurf von 1845, der im § 32 ebenfalls die Haftung des Unterzeichners vorschrieb, bestimmte gleich seinen Vorgängern¹⁾ die Haftung des nichtbezogenen Acceptanten besonders und wollte ihn nicht als »Unterzeichner«, sondern als Acceptanten betrachtet wissen. Da nun, wie schon gesagt, der Entwurf von 1846 eine Umarbeitung desjenigen von 1845 ist, da ferner die Redaktoren auf die massgebenden Rechtssätze desselben Bezug nehmen, aber nicht beim § 82, sondern beim § 19, der vom Accept handelt²⁾, also ebenfalls den nichtbezogenen Acceptanten als Acceptanten, und nicht als »Unterzeichner« ansahen, so sind wir nicht berechtigt, ihn nach und aus § 82 haften zu lassen.

Aus der Fassung des Entwurfs selbst, der nun der preuss. Staatsrats-Commission vorgelegt wurde, ergab sich also die immerhin anderswoher nachweisbare Anschauung der Redaktoren nicht mehr, sodass lediglich aus dem Umstand, dass jener Entwurf der neuen Commission vorlag, nicht folgt, sie habe die Anschauung ihrer Vorgänger geteilt. Weiterhin geben auch die Commissionsverhandlungen keinen Anhaltspunkt dafür, was im gegenteiligen Falle doch zu erwarten gewesen wäre. Vielmehr wurde der § 18³⁾ des Entwurfs von 1846 unverändert angenommen, während der § 19 folgenden Wortlaut empfing:

»Die Annahme des Wechsels muss schriftlich geschehen. Hierzu genügt, dass der Bezogene seinen Namen oder seine Firma auf die Vorderseite des Wechsels schreibt. Die einmal erfolgte Annahme kann nicht zurückgenommen werden«⁴⁾

Hieraus ergibt sich ebensowenig wie aus dem früheren Entwurf der in Frage stehende Rechtssatz. Auch in den Motiven⁵⁾ zu §§ 21, 22 und 23 des letzten Entwurfs findet sich kein Wort, das darauf schliessen liesse, die Commission habe an das Alleinaccept des Nichtbezogenen gedacht.

Ausserdem ist in § 74, der dem § 82 des Entwurfs von 1846 und dem Art. 81 WO entspricht, nicht mehr vom Unterzeichner, sondern vom »Mitunterzeichner« die Rede.

¹⁾ vgl. Entw. 1836 § 56 und 72, 1838 §§ 28 und 65, 1845 §§ 67 und 73.

²⁾ oben S. 5.

³⁾ Entw. von 1847 § 22.

⁴⁾ Entw. 1847 § 21.

⁵⁾ Motive S. 58 ff. (enthalten in den „Protokollen der Leipziger Wechselkonferenz“, Leipzig, Hirschfeld 1848).

Es hat sonach weder die Commission den in Frage stehenden Rechtssatz gewollt, noch der Entwurf eine dahin gehende Andeutung gemacht. Lässt aber der letzte Entwurf keinen Zweifel mehr aufkommen, so gilt das erst recht von der durch die Leipziger Wechselkonferenz auf Grund desselben verfassten Wechselordnung. Denn die massgebenden §§ 21, 22 und 23 des Entwurfs wurden inhaltlich genau in Art. 21 und 23 WO, § 74 fast wörtlich in Art. 81 WO aufgenommen. Auch die Protokolle schweigen sich über die Frage gänzlich aus und sagen nichts über eine besondere Anschauung der Commission¹⁾²⁾.

Die WO selbst lässt demnach den Satz, dass der allein acceptierende Nichtbezogene hafte, nicht positiv erkennen. Ja auch ihr Wortlaut schliesst ihn sogar direkt aus. Denn in ihrem Abschnitt V³⁾, der die Ueberschrift »Annahme (Acceptation)« trägt, ist vom Accept stets nur die Rede in Beziehung auf den Trassaten; gerade an der massgebenden Stelle ergibt sich aus dem Gesetz, dass es nur die Annahme des Trassaten als echte Annahme betrachtet⁴⁾. Eine solche Schrift fällt also nicht unter das »Accept« im Art. 81 WO i.A.

Noch weniger lässt jener sich nach dem zweiten Teil des Abs. 1 Art. 81 haftbar machen⁵⁾, da der Ausdruck »mitunterzeichnen« nur an den Fall des Anschlusses an die vorhandene oder noch erfolgende Unterschrift derjenigen im Wechselverbande selbst stehenden oder eintretenden Person denken lässt, auf deren Wechselerklärung die Mitunterzeichnung sich formell bezieht, und die der Mitunterzeichner ebenfalls übernehmen zu wollen erklärt⁶⁾⁷⁾.

¹⁾ Protokolle Nr. X, XI, XXXII, XXII, (Hirschfeld S. 46, 48, 51, 52, 243, 144, Thölische Ausgabe, Göttingen 1866 S. 50, 52, 55, 249, 153).

²⁾ Der Entw. der Fassungscommission stimmt in den betr. §§ wörtlich mit der WO. überein.

³⁾ Art. 21—24, vergl. Art. 16 WO.

⁴⁾ Dies namentlich auch wegen Art. 4 n.7 WO.

⁵⁾ vgl. oben S. 6.

⁶⁾ RG Band X S. 1.

⁷⁾ Gleicher Ansicht: Lehmann, Wechselrecht § 114 Anm. 5, Kuntze in Endemanns Handb. Bd. IV, 2. Abt. S. 198, Seufferts Archiv Bd. 20 n.63, 26 n.266, 30 n.274, ROHG XII S. 15, XV S. 346 (letzterer Entscheidung sind einige der vorstehenden Gründe entnommen), XVIII S. 302, RG X S. 1, für das Recht vor der WO Treitschke, Encyclopädie Bd. I S. 244; anderer Meinung Loewy a. a. O. S. 62, Seufferts Archiv Bd. 24 n.152, 37 n.157.

Seitens der Gegner wird angeführt, der Bejahung der vorliegenden Frage stehe aus Rechtsgründen nichts entgegen und die von uns vertretene Ansicht könne sich nur rechtfertigen lassen, wenn sie sich auf ein positives Gesetz stütze¹⁾, wofür der Art. 4 n.7 WO keinen Anhalt biete; es verstehe sich von selbst, dass die Tratte denjenigen nennen müsse, bei dem der Wechselnehmer Zahlung suchen solle²⁾. Demgegenüber sei bemerkt, dass das gar nicht selbstverständlich ist, nämlich für solche Fälle, wo die Tratte ein Accept trägt, bevor sie begeben wird, und dass auch die WO das nicht als selbstverständlich ansieht, sonst hätte sie das Erfordernis nicht besonders aufgestellt. Auch wäre ja ein solcher Wechsel praktisch ganz brauchbar, der Wechselinhaber wüsste ganz gut, wo er Zahlung suchen sollte, nämlich durch das Accept. Ist ja doch von den in direktem Wechselnexus befindlichen Personen auch der Aussteller nur durch seine Unterschrift und nicht noch einmal durch besondere Adresse genannt. Ferner steht der Gegenmeinung die Erwägung entgegen, dass, wenn jemand einen auf einen anderen gezogenen Wechsel acceptieren kann, er doch auch einen solchen muss acceptieren können, der auf niemand gezogen ist. Er hat ja in beiden Fällen gleich wenig mit dem Wechsel zu thun. Der Satz würde also zu einer Consequenz führen, die durch WO. Art. 4 n.7 verboten ist, darum widerspricht er diesem selbst, würde also nur als Ausnahme gelten können und besonderer Statuierung bedürfen³⁾. Es kann somit der Inhaber eines von einem Nichtbezogenen allein acceptierten Wechsels weder den Trassaten belangen, denn er hat nicht acceptiert, noch jenen, denn in Bezug auf ihn fehlt ein wesentliches Erfordernis des Wechsels.

Der tiefere Grund für WO. Art. 4 n.7 liegt in dem formell vom Trassanten auf dem Wechsel erteilten Mandate⁴⁾; formell bedeutet Ausstellung der Tratte Erteilung, Acceptation Annahme, Blanco-Accept ein Erbieten zur Ausführung des Mandats. Gegenüber dem Nichtbezogenen fehlt

¹⁾ L o e w y S. 46.

²⁾ ebendasselbst.

³⁾ Aehnlich S e u f f. Arch. Bd. 30 n.274 (ROHG).

⁴⁾ So L e h m a n n a. a. O. § 117 und dort citierte, ferner ROHG Bd. XV. S. 346, H a r t m a n n, Wechselrecht S. 322.

der Auftrag zur Zahlung der Wechselsumme, er kann einen solchen also auch nicht annehmen¹⁾).

Von der gegnerischen Seite wird demgegenüber gesagt, die WO erkenne die Notwendigkeit eines Mandatsverhältnisses zwischen Trassant und Trassat nicht an, dem widersprächen Art. 75 und 95 WO, in denen doch keinesfalls ein — auch nur formelles — Mandat vorliege²⁾. Aber die Art. 75 und 95 sind aus der Rücksicht auf die bona fides und auf den dolus des falsus procurator erwachsen. Allerdings würde man aus diesen Momenten an sich die Haftung nicht construieren können, wohl aber können sie für den Gesetzgeber Grund genug sein, eine solche vorzuschreiben. Wegen des falsus procurator sei zur Begründung unserer Ansicht noch auf die Analogie von Art. 55 HGB. hingewiesen, der ebenso wie WO Art. 95 eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln über die Entstehung der Obligationen darstellt, in gerechter Berücksichtigung der Interessen des betroffenen dritten Vertragsschließenden. Ähnliches gilt hinsichtlich des Art. 75 WO; der dritte Wechselnehmer soll sich auf die Scriptur verlassen können, darum auch hier die Ausnahme³⁾. Auch bei diesem Punkte tritt die dem HGB und der WO gemeinsame Tendenz hervor, der bona fides im weitesten Masse Raum zu gewähren.

Aber es liesse sich das Verhältnis des alleinacceptierenden Nichtbezogenen zum Wechsel vielleicht formell als negotiorum gestio denken. Das könnte aber nur ein negotium des Trassaten sein, und zwar wieder nur die Zahlung, nicht aber Acceptation⁴⁾; diese letztere könnte nur in Betracht kommen, wenn der Nichtbezogene für den Trassaten acceptieren würde.

Es fehlt also dem Nichtbezogenen, welcher allein acceptiert, jede formelle Beziehung zum Wechsel, die doch bei den übrigen Wechsellpersonen vorliegt.

Eine eigentümliche Mittelmeinung hat Thöl⁵⁾ vertreten. Danach soll das betr. Accept nur verpflichten, wenn es datiert

¹⁾ Seufferts Archiv Bd. 30 n.274.

²⁾ Loewy S. 52.

³⁾ Damit soll der Vertragstheorie hinsichtlich der Wechsel-Obligation nicht gehuldigt werden. Mag der Mandatsvertrag materiell zu Stande kommen oder nicht, ist einerlei; formell wird ein Auftrag erteilt und angenommen.

⁴⁾ Ebenso Loewy S. 63.

⁵⁾ Thöl, Handelsrecht II S. 291, 292.

ist. Diese Ansicht ist unhaltbar, weil sie von der falschen Anschauung ausgeht, dass jede Verpflichtungserklärung auf dem Wechsel Ausstellung eines neuen Wechsels bedeute. Ist danach die Acceptation als Ausstellung eines eigenen Wechsels anzusehen, so ist nicht recht klar, warum Thöl nicht auch das Datum aus dem eigentlichen Wechsel ergänzt, während er doch alle anderen wesentlichen Erfordernisse des eigenen Wechsels aus jenem als vorhanden unterstellt¹⁾. Es ist daher nicht recht einzusehen, warum gerade dies eine Erfordernis bei dem Accept des Nichtbezogenen besonders erfüllt werden muss.

Scheinbar eine Ausnahme von dem im Vorstehenden nachgewiesenen Satze macht das Ehrenaccept, wenigstens dasjenige seitens einer Person, die auf dem Wechsel nicht als Notadresse bezeichnet ist. In Wirklichkeit ist aber die Annahme einer Ausnahme weder nötig noch richtig. Denn um Ehrenannahme zu sein, muss sich die Unterschrift als solche bezeichnen²⁾, ohne dass jedoch die WO eine besondere Form dafür vorschreibe, ja sie muss sogar im Proteste Mangels Annahme oder in einem Anhang dazu bemerkt werden. Fehlt die Bezeichnung als Ehrenannahme, so liegt auch keine vor; die »für Erklärungen des Trassaten auf dem Wechselbriefe bestehenden Präsumptionen des Art. 21 Abs. 2 und 3 greifen für den Ehrenacceptanten nicht Platz«³⁾. Auch gilt der im ersten preussischen Entwurf aufgenommene Rechtssatz nicht, dass bei irgend welchem Mangel der Ehrenannahme gewöhnliches Accept angenommen werden solle; namentlich aber wird man nicht mehr behaupten können, dass dann, wenn bei einer Unterschrift überhaupt nichts gesagt ist, im Zweifelfalle Accept vorliege, denn schon der Entwurf von 1845 verlangt ja zum Alleinaccept des Nichtbezogenen ausdrückliche Annahmeerklärung⁴⁾. Jedenfalls aber kennt die WO noch ein anderes wesentliches Erfordernis für die Gültigkeit des Ehrenaccepts: es muss zu Ehren einer bestimmten Wechsellperson angenommen werden; ja sie stellt sogar die Vermutung auf, dass, wenn Ehrenaccept vorliegt, aber die Nennung des Honoraten unterlassen ist, der Aus-

¹⁾ vgl. über diese Construction Thöls auch unten S. 44.

²⁾ L e h m a n n § 119.

³⁾ Dasselbst bei Anm. 1.

⁴⁾ vgl. preuss. Entw. von 1836 § 72, 1845 § 67.

steller als solcher anzusehen sei. Also bedarf es für die Ehrenannahme der Beziehung auf eine im Wechselverbande stehende Person; das erkennt das Gesetz gerade damit an, dass es durch seine Präsumpstion im Einzelfalle dem Ehrenacceptanten die Nennung des Honoraten erlässt¹⁾. Das Ehrenaccept ist keine Ausnahme, sondern ein Beleg für den Satz, dass der Wechsel nicht nur den Kreis derjenigen Personen absteckt, die Rechte aus ihm haben sollen, sondern auch derjenigen, die sich aus ihm direkt und ohne Anlehnung an andere sollen verpflichten können; er stellt nicht nur die Aktiv-, sondern auch die Passiv-Legitimation in diesem Sinne her²⁾³⁾.

Entsprechendes gilt auch für den allein indossierenden Nichtindossatar. Ein Wechsel trägt z. B. das ordnungsmässige und den Vorgiros entsprechende Indossament: »für mich an A; X«; darunter steht: »für mich an B; Y«; oder in entsprechender Entfernung, sodass es nicht als Aval zu jenem erscheinen kann, das Blancoindossament »Y«. Y wird nicht verpflichtet; denn weder B noch dessen etwaige Nachmänner können Eigentümer und darum Gläubiger aus dem Wechsel werden, dazu bedarf es ausser anderem der Legitimation als Eigentümer nach WO Art. 36. Dieselbe ist aber nur vorhanden, wenn eine »zusammenhängende, bis auf den Inhaber hinuntergehende Reihe von Indossamenten« vorhanden ist. Weil B und alle seine Nachmänner nicht Gläubiger werden, wird Y nicht verpflichtet.

Die Unterschrift des Y kann kein Indossament sein; denn da ihm selbst die Legitimation aus dem Wechsel fehlt, kann er sie auch anderen nicht erteilen. Eine Unterschrift aber, welcher die legitimierende⁴⁾, also die transportierende Wirkung fehlt, kann kein Indossament sein; denn die Transportfunktion ist die prinzipale und begrifflich notwendige,

¹⁾ WO Art. 59.

²⁾ Hiernach dürfte wohl auch die Frage, ob sich der Acceptant auf mehr als die Wechselsumme verpflichten könne, zu verneinen sein. A. A. Lehmann § 115 Anm. 12.

³⁾ Die hier bekämpfte Ansicht würde eine Stütze für die Auffassung des Avals als einer durchaus selbständigen Verpflichtung bilden. Man wäre ja stets befugt, Alleinaccept eines Nichttrassaten anzunehmen, wenn nicht ausdrücklich die Bezeichnung als Bürge oder dgl. hinzugefügt wäre.

⁴⁾ vgl. unten S. 43 und 56.

die Garantiefunktion die secundäre Wirkung des Indossaments¹⁾. Der Y ist also nicht Indossant und kann auch nicht als solcher haftbar gemacht werden.

Auch aus Art. 81 WO kann eine solche Haftung nicht abgeleitet werden, da im Falle des Alleinindossaments des Nichtindossatars eine »Mitunterzeichnung« ebensowenig vorliegt wie im Falle des Alleinaccepts des Nichtbezogenen.

Darüber, ob es wünschenswert wäre, dass der Gesetzgeber die Verpflichtung des alleinindossierenden Nichtindossatars statuierte, könnte man wohl im Zweifel sein; jedenfalls aber wäre seine Haftung den übrigen Grundsätzen der WO, namentlich denen des Art. 36 und 81 gegenüber, eine Besonderheit, die der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedürfen würde.

Das hiermit gewonnene Resultat ist für die Construction des Avals von der grössten Bedeutung. Denn sobald der an sich wertlosen Unterschrift des Nichtbezogenen und Nichtindossatars diejenige des Bezogenen, Remittenten und Indossatars hinzutritt, werden jene wechselfähig verpflichtet. Anders dagegen, wenn der Wechsel mehrere Trassaten, Remittenten, Indossatare nennt; hier führt die Unterschrift jedes einzelnen von ihnen zur Verpflichtung unabhängig davon, ob die anderen unterzeichnen oder nicht. Denn in diesem Falle stehen die betr. Personen in unmittelbarem Verhältnis zum Wechsel, welches in jenem Falle fehlt. Hier muss ein solcher Zusammenhang erst hergestellt, der dritte muss gewissermassen durch eine im Wechsel genannte Person in den Verband eingeführt werden. Sobald dies geschehen, sobald eine verpflichtende Unterschrift hinzugekommen und damit jene Unterschrift zur echten Mitunterzeichnung, zum Aval geworden ist, ist die Verpflichtung perfekt. Es entsteht also äusserlich die Avalverbindlichkeit genau so, wie das Allein-Accept des Nichtbezogenen Verpflichtungskraft erlangt. Um also als Avalist, als Mitunterzeichner einer fremden Wechselerklärung zu haften, bedarf es:

- 1) einer Erklärung des Avalisten;
- 2) einer solchen seitens einer als Aussteller, Bezogener, Remittent oder Indossatar im Wechselverbande stehenden Person;

¹⁾ vgl. Lehmann S. 225 und 226.

3) jene muss sich als im Bezug auf diese abgegeben darstellen.

Jene ist also von dieser, wenigstens formell abhängig, diese kann ohne jene, jene nicht ohne diese sein und verpflichten; der Aval, ein accessorium einer anderen Schuld, entsteht also frühestens mit, oft aber erst nach dieser¹⁾.

Haftet der Avalist, so haftet er nicht für eine eigene, sondern für eine ihm fremde Schuld. Darum ist es durchaus nicht unrichtig zu sagen, in der Avalleistung liege eine Intercession²⁾. Aber Intercession ist ein wirtschaftlich wohl wichtiger, juristisch aber nur wegen des Senatusconsultum Vellejanum und ähnlicher Gesetze bedeutsamer, sonst indessen praktisch ziemlich wertloser Begriff, da es stets darauf ankommt, auf welchem Wege intercediert ist. Das ist auf die allerverschiedenste Art und Weise möglich, so auch durch Avalleistung, für deren inneres Wesen durch ihre Subsumierung unter den Begriff der Intercession etwas, aber nicht viel gewonnen ist.

In Wirklichkeit charakterisiert sich der Aval, dessen formelle Abhängigkeit von der Erstschrift schon nachgewiesen ist, auch als materiell-accessorischer Akt und ist dem Wesen nach der Bürgschaft des Civilrechts gleich, was im Folgenden nachgewiesen werden soll³⁾.

4. Bürgschaftsnatur des Avals.

Zunächst soll uns der Fall beschäftigen, wo der Mitunterzeichner seiner Unterschrift die Worte »als Bürge« und dergl. oder, was dem nach der WO gleichsteht, »per aval« hinzufügt. Nach herrschender Ansicht soll hier trotzdem echte Bürgschaft nicht vorhanden sein, wenn auch der eigentliche Zweck der Bürgschaftseffekt sei.

Die Unterschrift ist eine Willenserklärung, nach deren Inhalt ihr Abgeber haftet. Manchmal lässt die Unterzeichnung,

¹⁾ Gegen uns ist Hartmann, Wechselrecht (Berlin 1869) S. 346, Renaud, Wechselrecht (Giessen 1854) S. 152 Swoboda a. a. O. S. 30 Loewy a. a. O. S. 6, Gareis in Holtzendorffs Rechtslexicon, »Aval«, Thöl, Handelsrecht II § 280.

²⁾ So Kuntze a. a. O. S. 95, Goldschmidt, Grundriss des Handelsrechts § 192.

³⁾ Gleicher Ansicht ist Treischke a. a. O. S. 253 ff; die Literatur seit der WO ist überwiegendagegen; vgl. aber ROHG Bd. XV S. 148, 255.

in einer einfachen Namensschrift bestehend, den Willen nicht direkt erkennen, dann bestimmt wohl das Gesetz ihren mutmasslichen Inhalt. Lautet aber die Erklärung ausdrücklich, dann ist sie auch ganz allein massgebend, das Gesetz lässt gemäss dieser Willenserklärung in bestimmter Weise haften, giebt ihr aber auch seinen Schutz. Hat also jemand eine Verpflichtung auf dem Wechsel übernommen, etwa auf eine geringere Summe oder auf einen anderen Zeitraum, so haftet er demgemäss; unterschreibt er als Zeuge, so haftet er wie ein Zeuge, also gar nicht, höchstens für die Wahrheit seiner in der Unterschrift gegebenen Aussage, »als Bürge« endlich, so haftet er, wie eben ein Bürge nach dem betreffenden Gesetze haftet. Giebt er diesem »als Bürge« einen erklärenden Zusatz, so sind die Worte gemäss dieser authentischen Interpretation zu verstehen. Sonst aber ist das darunter zu verstehen, was nach dem Sprachgebrauch des zur Anwendung gelangenden Gesetzes darunter zu denken ist. Ein Gesetz ist aber nur nach dem herrschenden Sprachgebrauch zu beurteilen, nach ihm wird ein vernünftiges Gesetz stets eingerichtet sein; es wird daher niemals ein Gesetz von Bürgschaft oder von Unterzeichnung »als Bürge« reden und damit etwas ganz anderes bezeichnen wollen, als was der herrschende Sprachgebrauch damit meint. Der herrschende Sprachgebrauch ist aber derjenige des neben der WO weiter geltenden und als Wechselrechtsquelle subsidiär in Betracht kommenden Civilrechts.

Da weiter die WO den Willen so wirken lässt, wie er sich in der Unterschrift als erklärt darstellt¹⁾, so wäre es um so merkwürdiger, wollte sie sagen: der, der als »Bürge« haften, der nach seiner Scriptur Bürge sein will, soll nicht Bürge sein, sondern etwas ganz anderes. Und hätte sie das wirklich gewollt, so hätte sie es ausdrücklich oder in sonst ganz unzweifelhafter Weise zu erkennen geben müssen, ähnlich wie z. B. der erste preussische Entwurf sagt, dass »unter Acceptant auch derjenige zu verstehen sei, welcher einen auf ihn nicht gezogenen Wechsel acceptiert«. Dazu wäre ein solches Verhalten eines Gesetzes durchaus nicht sehr weise und liesse sich nur aus ganz besonders zwingenden Gründen rechtfertigen.

¹⁾ vgl. oben S. 14, unten S. 54 .

In der That lag denn auch der WO, die auf dem Boden des geltenden Rechts erwachsen ist und durchaus nicht das civile Recht, soweit es für den Wechsel in Betracht kommt, in allen Punkten beseitigt hat, sondern es als subsidiäre Rechtsquelle gelten lässt, ein so tiefer Eingriff in vorhandene Rechtsbegriffe durchaus fern; sie hat ihn weder ausdrücklich noch sonst deutlich erkennbar gemacht. Sie hat vielmehr weder für den, der sich als Bürge bezeichnet, die Bürgenqualität geleugnet, noch ist sie dem Beispiel des preussischen Landrechts gefolgt, welches den civilrechtlichen Bürgschaftsbegriff ausdrücklich für den Wechselbürgen anerkennt¹⁾. Die WO hat sich der Begriffsbestimmung der Bürgschaft überhaupt enthalten und sie nur einmal ganz vorübergehend erwähnt. Eine solche, noch dazu von der civilrechtlichen abweichende, Begriffsbestimmung aber aus den zerstreuten Sätzen, die laut WO auch für den, der sich als Bürge bezeichnet hat, zur Anwendung gelangen, abzuleiten, halten wir aus Gründen, die sich aus dem Folgenden ergeben werden, für durchaus verfehlt.

In einzelnen Punkten, wenn gleich von grosser Wichtigkeit, hat die WO, teils in Anlehnung an den Code de commerce von 1807, teils auf besondere Anregung durch kaufmännische Kreise²⁾ Rechtsätze aufgestellt, die auch den betreffen, der sich ausdrücklich als Bürge bezeichnet, und allerdings mit dem civilen Recht nicht übereinstimmen. Aber es handelt sich nur um solche Sätze, deren Aufnahme nicht geeignet war, den mit dem Worte »Bürge« verbundenen Begriff für das Wechselrecht zu ändern. Ganz entsprechend hat ja auch später das Handelsgesetzbuch einzelne wichtige vom gemeinen Rechte abweichende Normen über die Bürgschaft aufgestellt³⁾, ohne dass man bei ihm behauptet, es habe eine von der gemeinrechtlichen Bürgschaft begrifflich abweichende neue eingeführt.

Es hat nun die WO reformiert folgende Seiten des Bürgschaftsrechts, welche besonders wichtig sind:

- 1) sie hat die *exceptiones ex jure tertii* beseitigt⁴⁾;
- 2) ferner das *beneficium excussionis* und *divisionis*⁵⁾.

¹⁾ Preuss. Landr. II tit. 8 § 785—787, I tit. 14 § 296.

²⁾ Monitum der Berliner Kaufmannschaft und der Aachener Handelskammer, auf welches die Motive zum ersten preuss. Entwurf (S. 49) Bezug nehmen.

³⁾ HGB Art. 281.

⁴⁾ WO Art. 82.

⁵⁾ WO Art. 81.

Zunächst kann sich jeder Avalist diese Rechtsbehelte sichern, indem er sie sich in einer besonderen Clausel bei der Mitunterzeichnung vorbehält; er kann so erreichen, dass seine Haftung sich nach gemeinem Recht bestimmt; sollte durch diesen einfachen Vorbehalt die ohne ihn »selbständige« Verbindlichkeit auf einmal zur Bürgschaft werden, oder sollte vielleicht gar jetzt noch nicht einmal Bürgschaft vorliegen? Es sind ja jene Rechte nicht essentialia der Bürgschaft, sondern nur naturalia; für die römische fidejussio, aus der sie sich herleitet, wurden sie überhaupt erst ziemlich spät eingeführt, waren also früher noch nicht einmal naturalia des Rechtsinstituts. Andererseits kann man doch auch als gewöhnlicher Bürge selbst auf jene Rechtsvorteile verzichten, niemand wird dabei behaupten wollen, man sei nun weniger Bürge; eine besondere Kategorie solcher strengeren Bürgschaft ist unter dem Namen »selbstschuldnerische Bürgschaft« bekannt. Kann aber private Willkür das Bürgschaftsrecht ändern, ohne ihrem inneren Wesen Abbruch zu thun, warum soll das nicht auch das Gesetz thun können? Weder diese noch andere Abweichungen, die sich aus der WO für die Bürgschaft ergeben, sind geeignet, ihr einen von dem civilrechtlichen Bürgschaftsbegriff verschiedenen Begriff zu geben, als demjenigen Rechtsgeschäft, wodurch sich jemand einem anderen persönlich verpflichtet, die Forderung dieses gegen einen dritten zu erfüllen, dem Begriff einer der Hauptforderung zur Sicherung des Gläubigers hinzutretenden Nebenforderung. Weiteres wird für den Bürgschaftsbegriff weder vom gemeinen noch vom Handelsrecht erfordert; und genau den gleichen Charakter hat die Erklärung als Bürge auf dem Wechsel.

Es ist natürlich, dass die Obligation des Unterzeichners »als Bürge« noch dadurch Besonderheiten annimmt, dass sie eben Wechselobligation ist, dass sie sich also besonders hinsichtlich ihrer Entstehung von der civilrechtlichen Bürgschaft unterscheidet — hier Vertrag, dort Scriptur —, aber auch das ändert nichts an dem innerlich gleichen Wesen beider; bestand doch auch schon im preussischen Landrecht dieser Unterschied, und doch wurden beide wesentlich gleich geachtet.

Wer also in dieser oder jener Form, wenn nur unzweideutig, auf dem Wechsel erklärt, die Bürgschaft für ihn zu übernehmen, ist auch nichts anderes, als was er sein will, nämlich

Bürge, wenn auch die Rechtsfolgen dieses Aktes zum Teil andere sind als nach gemeinem Rechte.

Da das Gesetz in Art. 81 die Unterzeichnung »per aval« derjenigen als Bürge ohne jede Einschränkung gleichstellt, so ist auch diese Unterschrift echte Bürgschaft.

Etwas anders gestaltet sich die Sache bei demjenigen, der einfach ohne solchen ausdrücklichen Zusatz mitunterschreibt. Über eine derartige Mitunterzeichnung stellt die WO im Gegensatz zu früheren Gesetzen¹⁾ eine Präsumption, die ihr inneres Wesen und Bedeutung zu kennzeichnen bestimmt wäre, nicht auf; sie beschränkt sich vielmehr darauf, die Haftung daraus festzustellen und in bestimmter Richtung zu normieren²⁾. Aus der Sache selbst, also daraus, was der Schreiber mit der Unterschrift — nach deren Stellung zum Wechsel und nur nach dieser — gewollt haben kann, resp. muss, ist ihr inneres Wesen zu bestimmen. Wie die Ausstellung einer Wechselerklärung eigentlich zur Verpflichtung führt, ist unten³⁾ noch näher zu untersuchen, nur soviel sei schon hier gesagt, dass sie verpflichtet, weil sie kraft unwiderleglicher, resp. nur durch den Inhalt der Unterschrift selbst, nicht aber durch ausserhalb des Wechsels liegende Momente widerleglicher Vermutung als bestimmt geartete Verpflichtungs-, Willenserklärung gilt. Das Wesen der Mitunterschrift ergibt sich mit anderen Worten danach, was der Schreiber mit seiner Unterschrift gewollt hat, wobei jedoch nur das als gewollt gilt, was sich aus dem Wechsel, resp. der Stellung der Mitunterschrift auf ihm — und eventuell ihrem besonderen Inhalt, der ja hier nicht in Betracht kommt, weil nur von der puren Mitunterschrift die Rede ist — als gewollt ergibt. Ausserhalb des Wechsels liegende Umstände, die auf den Willen des betreffenden ein Licht werfen können, müssen daher vollständig zur Seite bleiben und können am Charakter jener Mitunterschrift nichts ändern. Unsere Frage lautet also: was hat der Mitunterzeichner mit der Unterschrift gewollt?

Zunächst lautet die Antwort: er hat sich aus dem

¹⁾ Preuss. Landr. II tit. 8 § 785—787.

²⁾ Die WO erwähnt überhaupt ausser in Art. 7 den Aval nur noch im Art. 81, und hier ist nur vom Klagerecht des Gläubigers, also der Haftung des Avalisten die Rede.

³⁾ Unten S. 49.

Wechsel neben dem Erstzeichner verpflichten wollen. Das folgt aus Art. 81 WO, wenn er sagt, die wechselfähige Verpflichtung treffe den Mitunterzeichner. Dass auch der, der als Zeuge oder Assistent unterzeichnet, haften solle, ist damit nicht gesagt, vielmehr das Gegenteil selbstverständlich¹⁾. Ist also hier der Wille, aus der Unterschrift nicht zu haften, der Grund dafür, dass er nicht verpflichtet wird, so ist in jenem Falle die Verpflichtungswirkung auf die in der Unterschrift liegende Willenserklärung zurückzuführen; spricht das Gesetz die Haftung aus, so thut es das nur, weil es den entsprechenden Willen dahinter vermutet, nicht, weil eben nur die Unterschrift dasteht. Es besteht also für den Mitunterzeichner eine praesumptio juris für den Willen sich neben dem Hauptschuldner zu verpflichten.

Ein Mitunterzeichner aber kann auf zweierlei Weise neben dem Erstzeichner haften und haften wollen, entweder nämlich als echter Mitschuldner im oben²⁾ gegebenen Sinne oder aber als accessorischer Schuldner. Eigentlicher Mitschuldner aber kann er nur unter den Voraussetzungen sein, unter denen er Alleinschuldner sein könnte, also nur dann, wenn sein Name in entsprechender Weise im Wechsel genannt und ihm dadurch die Passiv-Legitimation erteilt ist, oder aber wenigstens niemand anders genannt ist. So wird bei der gewöhnlichen Form der Tratte Name, Qualität und Zahl der Aussteller sich nur aus der Unterschrift ergeben. Hier ist jeder Mitunterzeichner an dieser Stelle als Aussteller legitimiert, keiner mehr als die anderen; alle Mitunterzeichner stehen zu dem Wechsel in gleichem Verhältnis. Ein so ausgestellter Wechsel charakterisiert sich als gemeinschaftlich ausgestellt und entsprechend ist die Unterschrift eines jeden einzelnen als echte Ausstellung des Wechsels aufzufassen. Lautete aber der Wechsel etwa: »Zahlen Sie gegen diesen, von mir, N. N, ausgestellten Wechsel«, unterzeichnet N. N, X, Y, so können X und Y nicht mehr als Aussteller betrachtet werden, da nach dem Context der Wechsel ja nur einen Aussteller, den N. N, haben soll. Es handelt sich also da nicht um einen gemeinschaftlich ausgestellten Wechsel,

¹⁾ vgl. Motive zu § 74 des preuss. Entw. von 1847, letzter Satz (Motive S. 74.

²⁾ s. oben S. 2.

um eigentliche Mitschuld, sondern um ein Eintreten für eine fremde Schuld; die nach oben S. 19 rechtsvermutlich auf die Verpflichtung gerichtete Willenserklärung kann demnach nur auf accessorische Haftung gerichtet sein, da sie auf Constituierung einer Mitschuld, als etwas rechtlich unmögliches, nicht gerichtet sein kann¹⁾. In einem Satze ausgedrückt, würde diese Willenserklärung etwa lauten: ich verspreche, die Wechselschuld des N. N. bei Fälligkeit zu erfüllen. Eine Novation liegt darin nicht; denn es müsste die Novationsabsicht nach allgemeinen Regeln ausdrücklich erhellen, der Erstzeichner bleibt weiter verhaftet.

Nun wäre vielleicht möglich die Auffassung als Übernahme einer fremden Schuld. Auch für diesen Begriff ist ja die Erhaltung der Einreden des Erstschuldners in der Person des Übernehmers nicht wesentlich. Aber das Wesen der Schuldübernahme ist Succession, Ablösung des Schuldners. Dazu wäre der Aval durchaus ungeeignet. Bei der Schuldübernahme soll der Schuldner recht eigentlich wechseln, wenn auch der frühere weiter verpflichtet bleibt; die Haftung des letzteren wird durch den Eintritt des neuen in die Nebenstellung gedrängt, wird zu einem dem Gläubiger verbleibenden Rest. Der Übernehmer soll der eigentliche Schuldner werden. Der Wechselinhaber aber würde in den weitaus meisten Fällen nicht den Übernehmer, den Avalisten, sondern den Erstzeichner als den eigentlichen Wechselschuldner betrachten und zunächst in Anspruch nehmen.

Die Mitunterzeichnung charakterisiert sich also auch vom Standpunkte des Parteiwillens als accessorischer²⁾, nicht im entferntesten als privativer oder sonstwie selbständiger Akt.

In Wirklichkeit giebt es nur eine Auffassung jener Willenserklärung, die an nichts scheitern kann, und zugleich als die einfachste und natürlichste am nächsten liegt, nämlich diejenige als Bürgschaft. Der Zweck, den Gläubiger zu sichern, indem man neben dem Hauptschuldner haftet, ist der einzige, den man in dubio dem Avalisten unterlegen

¹⁾ An und für sich kann ja auch der Wille auf etwas Unmögliches gerichtet sein, dann ist er aber wirkungslos. In unserem Falle soll er aber gerade verpflichten laut Präsumpcion. Die Präsumpcion des Art. 81 muss demnach auch den hier besprochenen weiteren Inhalt für die ins Auge gefassten Fälle haben.

²⁾ vgl. Seuff. Archiv Bd. 39 S. 74, ROHG Bd. XII S. 225.

kann; es muss dasjenige als gewollt angesehen werden, was er rationeller Weise gewollt haben muss, etwas anderes darf selbst dann nicht angenommen werden, wenn durch ausserhalb des Wechsels liegende Thatsachen der Beweis erbracht wird, dass mit jener Mitunterschrift nicht habe Bürgschaft übernommen werden sollen. Diese unsere Meinung verträgt sich auch sehr wohl mit der Auffassung des Verkehrs, der in jedem Aval eine Bürgschaft sieht, es gerade darum sehr scheut und lieber zum Indossament oder zum Accept greift, welche die beim Dasein des Avals hervortretende Garantiebedürftigkeit des Hauptschuldners nicht erkennen lassen und dem Credite desselben nicht schaden. Thatsächlich liegt denn beim Aval in den weitaus meisten Fällen auch wirtschaftlich Bürgschaft vor. Und sollte es wirklich vorkommen, dass einmal ein Avalist einen anderen Zweck im Auge hätte, so ist die Bürgschaft zwar wirtschaftlich simuliert, aber juristisch nichts destoweniger als Bürgschaft gewollt; gerade so wie es auch ausserhalb des Wechselrechts vorkommen kann, dass jemand nur zum Schein sich verbürgt, während er in Wirklichkeit wirtschaftlich Hauptschuldner ist, nur um nicht als Hauptschuldner erkannt zu werden. Formell, juristisch bleibt die Bürgschaft Bürgschaft, danach allein bestimmt sich die Verpflichtung.

Man kann also unserer Auffassung vom Aval nicht den Umstand entgegensetzen, dass er zuweilen etwas anderes bezwecken könne als echte Bürgschaft. Denn dann müsste man auch von der civilrechtlichen Bürgschaft sagen, sie sei nicht in allen Fällen Bürgschaft.

Es ist schon darauf hingewiesen, dass die Auffassung der einfachen Mitunterschrift als Aval oder Bürgschaft da nicht statthaben kann, wo der Mitunterzeichner aus dem Wechsel befugt erscheint, das Wechselversprechen, das er mitunterzeichnet, selbständig abzugeben; dass das auch stets der Fall ist, wenn für das betr. Versprechen überhaupt keine bestimmte Person in Aussicht genommen ist. Hierher gehört nicht nur die Ausstellung, sondern auch die Blanco-Acceptierung und die Indossierung des Wechsels nach einem Blanco-Indossament; wenigstens aber sind hier die mehreren Unterzeichner als echte Solidar-Mitschuldner anzusehen, bis der Wechselberechtigte den Wechsel, resp. das vorhergehende Blanco-Indossament in einem jener Auffassung wider-

sprechenden Sinne ausfüllt, also etwa nur den einen der mehreren Acceptanten als Trassaten benennt, dadurch für die übrigen die Acceptantenqualität ausschliesst und sie so in die Bürgenstellung hineindrängt. Das ist beim Blanco-Indossament auch möglich, da nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung¹⁾ nicht nur der Blanco-Indossatar, sondern auch jeder spätere Inhaber berechtigt ist, jedes Blanco-Indossament auszufüllen. Ist dies jedoch nicht geschehen, so gilt jedes Blanco-Indossament als durch das folgende ausgefüllt; haben also nach einem Blanco-Indossament A und B weiter indossiert, so sind beide Indossatare und Indossanten. Die Auffassung als Bürge läge hier nicht nur ferner, sondern ist sogar durch die gesetzliche Vermutung des Art. 36,3. Satz WO ausgeschlossen.

Das Resultat vorstehender Ausführungen ist also: jede Mitunterschrift wirkt prinzipiell, was sie soll, zunächst also, was sie laut ausdrücklicher, in ihr enthaltener Angabe soll. Fehlt eine solche, so ist Constituierung einer echten Mitschuld anzunehmen; verträgt sich das nicht mit dem Wechsel-Context, soweit er in Bezug auf die Abgrenzung des zur Haftung bestimmten Personenkreises in Betracht kommt, so liegt echte Bürgschaft vor. Damit ist die praesumptio juris dafür nachgewiesen, dass derjenige, welcher ein nach dem Wechsel für ihn fremdes Wechselversprechen mitunterschreibt, also einen echten Aval leistet, sich als Bürge betrachtet wissen will. Diese praesumptio ist zugleich eine solche de jure, weil ausserhalb des Wechsels liegende Thatsachen, Willensäusserungen ganz allein als persönliche Einreden dienen, sonst aber im Rechtsstreite aus dem Wechsel nicht in Betracht kommen können²⁾.

Die Bürgschaftsnatur des Avals, an der Hand der WO im vorstehenden auf den mutmasslichen Parteiwillen zurückgeführt, ergibt sich aber auch auf anderem Wege aus der WO. Es ist oben schon die formell-accessorische Natur des Avals aus ihr deduciert; es ergibt sich aber aus ihr auch seine materielle Abhängigkeit von der Hauptschuld, und damit steht dann seine Bürgschaftsqualität auch von dieser Seite her fest. Massgebend sind hier Art. 75, 76 und 3 WO.

¹⁾ vgl. WO Art. 12, 13, 36.

²⁾ vgl. Loewy a. a. O. S. 41.

Art. 75 sagt:

»Auch wenn die Unterschrift des Ausstellers eines Wechsels falsch oder verfälscht ist, behalten dennoch das ächte Accept und die ächten Indossamente die wechselfähige Wirkung.«

Art. 76:

»Aus einem mit einem falschen oder verfälschten Accept oder Indossament versehenen Wechsel bleiben sämtliche Indossanten und der Aussteller, deren Unterschriften ächt sind, verpflichtet.«

In diesen beiden Artikeln sind alle verhaftet bleibenden ausdrücklich bezeichnet, der Avalist aber ist weggelassen. Bei einer so genauen Spezifizierung des Gesetzes, die in beiden Paragraphen alle möglichen Fälle, nur nicht den des Avals erwähnt, die also eine erschöpfende Aufzählung, nicht etwa nur eine Exemplification zu bedeuten hat, ist der Avalist der falschen Unterschrift direkt ausgeschlossen¹⁾. Dies muss um so mehr einleuchten, wenn man damit den Art. 3 WO dem Wortlaut nach vergleicht²⁾. Auch hier handelt es sich um einen Mangel des Wechsels, und zwar um einen in der Person des Unterzeichners liegenden. Aber da zählt das Gesetz nicht diejenigen Wechselunterschriften auf, denen es die verpflichtende Wirkung doch zuschreiben will, sondern sagt ganz allgemein »die übrigen Wechselverpflichteten«. Dass hier der Avalist mit einbegriffen ist, ist ganz zweifellos. Diese einfache, kurze und klare Ausdrucksweise lag auch für den Art. 75 und 76 nahe, ist aber nicht beliebt worden, und wir sind daher, nach den Regeln über die Auslegung gerade neuerer Gesetze, nicht allein berechtigt, sondern geradezu gezwungen zu der Annahme, dass das Gesetz den Umkreis der Personen im Art. 3 weiter fassen will als im Art. 75 resp. 76, dass im Gegensatz zu Art 3 die letzteren den Avalisten nicht mitmeinen. Natürlich behält trotz dieser Interpretation des Art. 75 und 76 der Aval zur echten Unterschrift, auch wenn der Wechsel sonst falsche Unterschriften trägt, volle Kraft; denn der Aval zieht ja

¹⁾ Anderer Ansicht ist Lehmann a. a. O. S. 476.

²⁾ Art. 3 lautet: »finden sich auf einem Wechsel Unterschriften von Personen, welche eine Wechselverbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht mit vollem Erfolge eingehen können, so hat dies auf die Verbindlichkeit der übrigen Wechselverpflichteten keinen Einfluss.«

seine Kraft nicht direkt aus dem Wechsel selbst, sondern ganz allein aus der Obligation, zu der er hinzutritt, und damit erst indirekt aus dem Papiere. Mit jenen mangelhaften Unterschriften hat der Aval zur echten nicht das geringste zu thun.

Die hier gegebene Interpretation verträgt sich auch mit dem in den Motiven zum letzten preussischen Entwurf von 1847 gesagten. § 3 dieses Entwurfes stimmt nahezu wörtlich mit Art. 3 WO überein¹⁾, das gleiche gilt von den §§ 71 und 72, welche in der WO als Art. 75 und 76 Aufnahme gefunden haben. Die Motive zu §§ 71 und 72²⁾ sagen, dass man davon abgesehen habe, erschöpfende und ausführliche Vorschriften über Fälschungen zu geben und dass man sich auf den Grundsatz beschränkt habe, »dass die Fälschung bei der Unterschrift des Wechsels auf die Gültigkeit der Indossamente und des Accepts, und ebenso die Fälschung bei dem Accepte auf die Gültigkeit aller anderen Erklärungen keinen Einfluss habe.« Hier ist nicht mehr gesagt, als in den betreffenden Paragraphen selbst, auch nicht in den Worten »ebenso aller anderen Erklärungen«, welche den Worten »der Indossamente und des Accepts« entsprechen und damit in Gegensatz treten wollen. Und wenn wirklich die Motive ein plus gegenüber der WO annähmen, so könnte das doch nicht entscheiden, da Motive gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes keine Beachtung verdienen. Ganz anders verhalten sich übrigens die Motive zu § 3³⁾; hier wird der Avalist ausdrücklich erwähnt und so das im Gesetze gesagte bestätigt. Die Protocolle enthalten sich sowohl beim § 3 wie bei §§ 71 und 72 jeder Andeutung über die vorliegende Frage⁴⁾.

Hätte die WO die in Art. 75 und 76 ausgesprochenen Rechtssätze nicht aufgenommen, so wäre ein solcher Wechsel und die sämtlichen auf ihn gesetzten Verpflichtungserklärungen — und infolge der Ungültigkeit der letzteren auch die Avale dazu — ausser im Falle der Acceptfälschung, nach Art. 4 n.5 vgl. mit Art. 7 und nach Art. 36⁵⁾ als ungültig zu betrachten,

¹⁾ Der Unterschied liegt nur darin, dass der Entwurf das Wort »gar« statt »überhaupt« hat.

²⁾ Motive S. 71.

³⁾ S. 30.

⁴⁾ Prot. S. 10, 141 u. 240, Thölsche Ausgabe S. 10, 151, 255.

⁵⁾ Hier jedoch nur die Erklärungen hinter dem gefälschten Indossament.

weil ja dann dem Wechsel die betreffenden Formerfordernisse fehlen würden¹⁾. Aber aus Art. 75 und 76 geht die Auffassung hervor, dass ein Wechsel zu seiner Formrichtigkeit nicht der Echtheit der betreffenden Unterschriften bedarf, sondern dass es dazu genügt, wenn die Unterschriften äusserlich als ordnungsmässig erscheinen. Wenn nun die WO eine solche gefälschte Unterschrift als formrichtig gelten lässt und gleichwohl dem Aval dazu die Verpflichtungskraft verweigert, so folgt daraus, dass es dazu noch eines weiteren bedarf als der formellen Ordnungsmässigkeit. Das kann aber nichts anderes sein, als dass die Erstschrift selbst verpflichtungsfähig ist; der Aval ist also auch materiell von der Hauptschuld abhängig. Und damit ist aus der WO selbst, und zwar direkt das Resultat gewonnen, dass der Aval nicht eine neue Form, und zwar eine von der Hauptschuld materiell unabhängige Form der noch auf mancherlei andere Art erreichbaren Garantieübernahme bedeutet, sondern mit der echten Bürgschaft des gemeinen Rechts sich deckt.

Aber es bedarf noch eines Blicks auf den Art. 3 WO, wonach auch der Aval zu der Unterschrift einer nicht oder unvollständig wechselfähigen Person gültig ist und verpflichtet. Das steht scheinbar mit dem noch eben von uns verteidigten Satz in Widerspruch, dass es zur Gültigkeit des Avals derjenigen der Erstschrift bedürfe. Aber auch gemeinrechtlich ist die Bürgschaft z. B. für Minderjährige anerkannt. Die hier angewandte Konstruktion mit der *naturalis obligatio* giebt auch die Erklärung für WO Art. 3. Das gilt nicht allein für die Fälle des Mangels voller persönlicher Verpflichtungsfähigkeit, in denen das römische Recht das Vorhandensein einer *naturalis obligatio* anerkannt hat, sondern auch für den Fall des Geisteskranken.

Die *naturalis obligatio* des römischen Rechts ist ein durchaus nicht einheitliches Rechtsgebilde, ihre einzelnen Fälle sind zum Teil sehr verschieden von einander, indem sie teilweise eine ziemlich weitgehende, teilweise nur sehr geringe Wirkung haben. Allen gemeinsam ist, dass sie — trotz vorhandenen Mangels — überhaupt etwas wirken²⁾. Und

¹⁾ vgl. Motive zu §§ 71 und 72 des Entwurfs v. 1847 (S. 71), welche ausdrücklich hervorheben, dass die in den beiden Paragraphen enthaltenen Grundsätze zu ihrer Geltung der gesetzlichen Sanction bedürften.

²⁾ vgl. Dernburg, Pandecten II § 5 Z. 3.

in diesem Minimum ist enthalten, dass dritte Personen für sie rechtsgültig intercedieren, also auch sich dafür verbürgen können¹⁾. Ja man kann diese Eigenschaft der naturalis obligatio geradezu als Erkennungsmerkmal für ihr Vorhandensein im Einzelfall ansehen. Begrifflich ist demnach im römischen Recht die Anzahl der Fälle der natürlichen Verbindlichkeiten keineswegs abgeschlossen, das Recht kann jederzeit neue Fälle zu den alten hinzufügen.

Hat nun Art. 3 WO bestimmt, dass der Avalist eines Geisteskranken wechselfähig verpflichtet sei, so ist damit für diesen Fall die Existenz einer natürlichen Verbindlichkeit anerkannt. Art. 3 widerspricht also unserer Auffassung vom Aval in keiner Weise²⁾.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, dass nicht etwa, wie die Ausstellung des Wechsels nur formell Erteilung, die Acception nur formell Annahme eines Mandats, das Indossament nur formell Assignment ist und es nicht darauf ankommt, ob der Mandatsvertrag resp. die Assignment wirklich zu Stande kommt, so auch der Aval nur formell Bürgschaft ist, sondern dass auch materiell deren Voraussetzungen vorhanden sein müssen.

5. Zur Geschichte des Avals.

Auch die Geschichte zeigt die accessorische Natur des Avals, er hat diesen Charakter von vornherein gehabt und in seiner späteren Entwicklung nicht verloren. Seine Bürgschaftsnatur lässt sich freilich für die ältere Zeit nicht, wohl aber für diejenige seit dem preussischen Landrecht nachweisen.

¹⁾ Dernburg, a. a. O. bei Anm. 7.

²⁾ Freilich widerspricht diese Konstruktion der Auffassung der Redaktoren des letzten Entwurfs, denn in den Motiven dazu (S. 30) ist gesagt: »Der Entwurf hält überall an dem Grundsatz fest, dass jede der verschiedenen auf den Wechsel sich beziehenden Erklärungen (der Wechsel, das Accept, das Indossament und der Aval) ungeachtet der Identität des Objektes als ein eigenes, selbständiges, von der Verbindlichkeit der übrigen Erklärungen unabhängiges und nur nach seinen eigenen Voraussetzungen zu beurteilendes Wechselgeschäft zu betrachten sei.« Da es sich nur um Motive handelt, so folgt daraus nicht, dass diese Auffassung auch die des Entwurfs oder gar der WO sei; ausserdem steht sie in Widerspruch mit den Sätzen der §§ 71 und 72 des Entwurfs.

In seiner ersten Periode kannte der Wechsel nur eine ganz geringe, in sich beschränkte Reihe von Personen: Trassant, Trassat, Remittent und Präsentant; er war noch nicht Ordrepapier und daher von Anfang bis zu Ende seiner Existenz an diese vier Personen gebunden¹⁾ ausser dem Falle des Inhaberwechsels, der aber verhältnismässig wenig im Gebrauch war²⁾. Noch beschränkter war die Zahl der auf dem Wechsel vorkommenden Unterschriften; zunächst unterschrieb nur der Aussteller³⁾. Dann kommt weiter diejenige des Trassaten auf; sie galt an sich zuerst nicht als Accept, sondern kam nur als Beweismittel dafür in Betracht, es fehlt ihr die dispositive Wirkung. Die Acceptation selbst galt als ausser dem Wechsel liegender Rechtsakt, war daher auch durch ausserhalb der Urkunde liegende Thatfachen beweisbar. Der unterschreibende Trassat wurde verpflichtet, weil aus der Unterschrift hervorging, dass er den Wechsel in der Hand gehabt, gesehen, keinen Widerspruch — »*contradictio seu protestatio*« — erhoben habe. Ein solcher Nicht-Widerspruch bei der Präsentation zur Annahme, Eintragen des Wechsels in die Handelsbücher, Behalten über Nacht sind *concludente* Handlungen, welche mit Sicherheit auf die damit geschehende Annahme hinweisen. Von der *scriptio* sagt Turri: »*nil aliud significat, nisi quod litterae Cambii fuerint visae, hoc est lectae, et per consequens habita notitia contentarum in illis*⁴⁾«.«

Von einer weiteren, auf dem Wechsel vorkommenden Unterschrift ist in der Wechselordnung von Bologna 1569⁵⁾ § 14 die Rede.

»Et perche occorre alle volte, che alcuno, che da danari a cambio, lo fa, con haver securità, la quale sottoscriva la seconda ó la terza di cambio, come si costuma in tutte le Piazze, però si dichiara, che quanto la prima lettera ritornasse recusata, ó non pagata, con il protesto, il creditore possa agere colui, che havera sottoscritta la seconda ó terza di cambio, come contre

¹⁾ vgl. Lehmann a. a. O. S. 43.

²⁾ Derselbe S. 50.

³⁾ Von dieser *scriptio*, auch *scriptio*, als Ausfertigung des Wechsels redet Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio*, Frankfurt a. M. 1648, § 7 glossa 2 n. 2

⁴⁾ Turri, *ex decis. Rotae Romanae* (decisio XV).

⁵⁾ abgedruckt bei Swoboda a. a. O. S. 5.

il principale, che l'haverà fatta, come lui a più piacerà, et senza suo pregiudicio contra l'altera parte, et tutto quello, che si é detto del fare l'esecuzione contra il principale, s'intende parimente detto del sottoscrittente, non ostante cosa alcuno encontrario.*

Fast wörtlich stimmt damit der § 9 der Wechselordnung von Bergamo¹⁾. Es kam häufig vor, dass Wechselkäufer, Bankiers, einen Wechsel nur unter der Bedingung nahmen, dass ausser dem Aussteller — Accept kam nicht in Betracht, da Wechsel auf auswärts vor der Begebung gewöhnlich nicht acceptiert waren, ausserdem der Trassat dem Nehmer selten bekannt sein mochte — noch eine andere Person die Garantieverbindlichkeit auf sich nahm. Man knüpfte hierbei an die Sitte an, sich Duplicate des Wechsels geben zu lassen, um für eventuellen Verlust der Urkunde gesichert zu sein (Formel: »per questa prima, seconda ó terza di cambio, sed una volta tanto*); die Duplicate, die gewöhnlich den Namen des Ausstellers trugen, liess man statt dessen von denjenigen unterzeichnen, die die Garantie übernehmen sollten²⁾. Turri spricht ausführlich von deren rechtlicher Natur und sagt, sie sei weder Constitutum noch Novation, noch Begründung einer Correalschuld, noch Bürgschaft, vielmehr hafte der subscribens des Duplicats ganz selbständig neben demjenigen der Prima; er beruft sich dabei auf die Intention der Parteien und die kaufmännische Praxis, womit das geltende Recht — damit meint er das Genueser Stadtrecht von 1589 lib. IV cap. 12 — übereinstimme. Er sagt: »quae est (die Praxis), ut nullo alio requisito nullaue admissa exceptione taliter subscribens in omnibus et per omnia, ac si esset principalis debitor, teneatur ad solutionem dicti cambii, prout expresse cavetur inter nos Genuenses jure municipali*»; der subscribens soll haften, »ac si ipsemet cambium celebrasset*.

Die Bürgschaftsnatur weist Turri ab, weil der Subscribent sonst das beneficium excussionis und die Einreden des Hauptschuldners haben müsste; er geht also von der irrigen Auffassung aus, dass diese Rechtswohlthaten essentialia der Bürgschaft seien. Allerdings ist diese subscriptio keine Bürgschaft ihrem Wesen nach, aber aus einem anderen Grunde.

¹⁾ Abgedruckt bei v. Martens, Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, Anhang S. 33.

²⁾ vgl. Turri, Tractatus de cambio, Frankfurt a. M. 1645, disp. I. qu. 17.

Sie ist nämlich Neu-Ausstellung eines Wechsels und deshalb Schaffung einer selbständigen Obligation. Weil ein ganz anderer die *seconda* unterschreibt als die *prima*, so ist jene eigentlich auch kein Duplicat im heutigen Sinne, vielmehr möchten wir dieselbe in ihrem Verhältnis zur *prima* als solidarischen Wechsel, als echten Mitwechsel bezeichnen.

Es liegt nun sehr nahe, diese *scriptio* mit unserem Aval in Zusammenhang zu bringen¹⁾. In Wirklichkeit haben aber beide miteinander nichts zu thun; die *scriptio* wurde auf Duplikaten, der Aval auf der *Prima* gegeben; ferner erkannte das Recht, wie Turri zeigt, beide neben einander an; jene wird nie als Aval bezeichnet noch demselben sonstwie gleichgestellt. Die *scriptio* war die alte, schon seit Jahrhunderten im Gebrauche befindliche Aussteller-Unterschrift, hier nur auf der *seconda* und von einem anderen als dem eigentlichen »Wechselmacher« geleistet; das *avallum* war aber in seinem ganzen Auftreten etwas neues, eine Namensschrift, die zu den vorhandenen *subscriptions* hinzutrat, aber nie als *scriptio* bezeichnet wurde. Die *scriptio*, *scriptio* war die Unterschrift unter einen Wechselsatz, sodass sich dieser Wechselsatz als vom *subscribens* ausgesprochen darstellt. Das *avallum* stellt aber seinen Abgeber nicht als Aussprecher dieses Wechselsatzes unmittelbar hin, sondern ist, wie unbedingt aus dem Worte *avallum* hervorgeht, eine Unterschrift unter einer Unterschrift, nicht einmal als gemeinsame Unterschrift, sondern als »echte Mitunterschrift«²⁾ zu denken. Wir begegnen da also einem neuen Namen für eine neue Sache.

Von diesem Aval redet cap. 17 der Capit. Bezenz. (Genua 1597 für Piacenza):

»Avalli qui fiunt non obstante, quod successive progrediantur et de uno in alium, intelligantur ita, quod omnes intervenientes a primo ad ultimum manean obligati in solidum, juxta obligationes in avallis contentas, qui postmodum eadem vigorem et executionem, ac si protestationes essent, habeant³⁾.«

¹⁾ wie Swoboda a. a. O. S. 4 thut.

²⁾ Über diesen Ausdruck »echte« oder »eigentliche« Mitunterschrift vgl. oben S. 2 bei Anm. 1.

³⁾ Dieser Text ist die Turrische Übersetzung des italienischen Originals (Turri, cit. Abhandlg. S. 405 ff.).

Hier ist vom Aval nichts gesagt, als dass es eine Avallenreihe geben könne, dass dabei alle vom ersten bis zum letzten zu gleicher Zeit haften sollen, der erste also nicht durch die späteren befreit werde.

Mit diesem avallum, von dessen Bedeutung wir aus dem Vorstehenden eine bestimmte Vorstellung uns nicht machen können, beschäftigt sich Turri in disp. II. qu. I n.34 (S. 109) seiner Abhandlung und sagt:

»Avalla¹⁾ fidejussionis genus, seu verius constitutae pecuniae certae; qui obligatur in feriis per avallum, licet pecunias Cambio non recipiat, aequè principaliter obligatur ac principalis, cui datae fuere pecuniae Cambio, et potest conveniri nullo monito nec requisito principali; et nihil frequentius in feriis quam avalla, in illis casibus, quando bancherii, qui habent avantia²⁾, diffidunt de eis, qui sunt in mancamento²⁾: tunc enim ministerio avallorum concessorum ab aliis bancheriis majoris fidei fit dispositio ab habentibus avantia; hierbei ist citiert cap. 17 leges feriarum (cap. Bezenz. oben S. 29.)

Der Zweck des Avals ist danach die Bürgschaft; über seine Natur scheint sich Turri nicht vollständig klar zu sein, jedenfalls aber gehen wir nicht fehl, wenn wir es auf alle Fälle als echtes Garantiegeschäft betrachten.

Dies scheint mit dem Inhalt des cap. 17 cit. sehr wenig zu stimmen, namentlich nicht damit, dass die Avals eine Kette bilden sollen und dass besonders betont wird, dass trotzdem die früheren neben den späteren weiter haften sollen ganz abgesehen davon, dass sie ja nebenher noch verpflichtet sind aus den Obligationen, quae in avallis continentur. Alles dies lässt eher an eine Übertragung des Wechsels, als an eine pure Verbürgung für denselben denken. Die hiermit entstandene Frage findet ihre Beantwortung durch Turri dip. II qu. 20 n. 8 und 9 in einem Beispiele; es heisst da:

»In feriis avalla hoc modo fieri, videlicet bancherius, qui tempore negotiationum comparaverat puta scutos

¹⁾ Man schreibt avallum und avallus; auch heute noch sagt man der und das Aval.

²⁾ Die avantia habentes sind diejenigen, die aus den gegenseitigen (Wechsel-) Geschäften einen Creditsaldo, ein Guthaben gegen einen anderen haben; die in mancamento befindlichen diejenigen, die im Debet daraus stehen.

mille marcarum a Titio vigore cambii Genuam directi, pretio scilicet scutorum de marchis pro centum viginti argenti, et sic cambiavit dictos scutos mille marcarum in feria pro scutis mille ducentis argenti in redditibus eiusdem feriae Genuae, et sic ex causa praedicta est debitor Titii de dictis scutis mille ducentum argenti in redditibus Genuae; at e contra est creditor ex consimili causa Caii de totidem scutis 1200 argenti in eisdem redditibus Genuae, dicit Titio: quas litteras cambii de scutis 1200 conficere tibi debeo, conficiat pro me Caius; qui Caius idem potest dicere de Sempronio, et Sempronius de alio et sic successive, usque dum pervenitur ad datorem litterarum, et sic creditor ex illo cambio potest habere plures ac plures debitores ex eodem in solidum obligatos, qui vigore dicti capituli XVII¹⁾ nondum sunt obligati, nisi post factam obligationem. Et hoc est remedium usitatissimum, quo utuntur illi banquierii, qui aegre possunt se in bilancio constituere, eo, quia laborent fide non adeo integra, ut habentes avantia velint eis ea credere via cambii, dum per huiusmodi avalla, per quae alii obligantur, fides illorum confirmatur seu verius firmior redditur.«

Aus dieser Stelle wird der Vorgang ganz klar, und besonders auch das »successive et de uno in alium progredi« verständlich. Dieses progredi lässt auf irgend einen Zusammenhang mit einem Transportakte schliessen. Und es handelt sich thatsächlich, gerade in dem Falle, den Turri im Auge hat, um eine Übertragung. Aber das ist keine Übertragung des Wechsels selbst, etwa ein Giro, sondern diese liegt ausserhalb des Wechsels. Es wird nämlich nicht so verfahren, dass der letzte Schuldner, der »dator litterarum«, den Wechsel an den Sempronius als Remittenten stellt, dieser an Caius, Caius an den banquierius, und dieser endlich an Titius; sondern, wie aus den Worten »quas litteras cambii de scut. 1200 conficere tibi debeo, conficiat pro me Caius« hervorgeht, wird der Wechsel vom dator litterarum direkt an den Titius gestellt; eine Unterschrift der Zwischenmänner kann also übertragende Bedeutung nicht mehr haben, da nichts mehr zu übertragen ist; übertragen wird nicht der

¹⁾ Der capit. Bezenz.

Wechsel und damit die Forderung aus dem Wechsel, sondern das Recht auf den Wechsel, welches jede der genannten Personen gegen ihren Schuldner hatte: »quas conficere tibi debeo.« Das progredi bedeutet also den eigenartigen Zusammenschluss der einzelnen Verpflichtungen zu einer Kette, deren äusserstes Glied auf der einen Seite die Verpflichtung des dator cambii, auf der anderen Seite die des bancherius bildet: der bancherius haftet dem Titius dafür, dass sein Schuldner Caius, dieser, dass Sempronius, dieser, dass der letzte Schuldner für Zahlung des Wechsels bei Verfall sorgen werde. Auch in diesem Falle, wie in jener oben S. 30 citierten Stelle des Turri ist das avallum reine Garantie; der Unterschied besteht nur darin, dass es sich dort auch wirtschaftlich, hier dagegen nur juristisch um eine Intercession handelt.

Aber, selbst wenn aus der besprochenen Stelle des Turri anzunehmen wäre, dass der letzte Schuldner den Wechsel an Sempronius gestellt und dieser ihn mit seiner Unterschrift weiter gegeben hätte und so fort, so wäre doch wenigstens für die Zeit der ersten Hälfte des 17. Jhdts. eine Indossierung des Wechsels im heutigen Sinne nicht als vorliegend anzunehmen, denn wir befinden uns jetzt noch in einer Periode, wo das Giro noch in den Anfängen seiner Entwicklung steht und die Anerkennung seiner dispositiven Wirkung noch nicht errungen hat. Es stand, wenigstens bis zum Beginn des 17. Jhdts. noch auf dem gleichen Standpunkte, auf dem wir oben das Accept fanden, dem Standpunkt eines qualifizierten Beweismittels, wodurch es ja von der Function als rechtsbegründender Akt nicht mehr weit entfernt war. Diese dispositive Wirkung, schon seit dem 16. Jhdts. das Ziel in der Entwicklung des Wechselverkehrs, von Lehmann¹⁾ mit Recht als das wichtigste Moment im Übergang des Wechsels zur Scripturobligation bezeichnet, setzte sich in der zweiten Hälfte des 17. Jhdts., in vielen Rechtsgebieten sogar erst später, gegen die ihr durchaus feindliche Gesetzgebung durch²⁾. Freilich ist zu beachten, dass das Indossament im heutigen Sinne schon um 1600 im Gebrauche war, aber die Gesetzgebung beschränkte es

¹⁾ a. a. O. S. 61.

²⁾ Derselbe § 14.

sofort, wie die neapolitanische Pragmatica¹⁾ vom 8. Novbr. 1607 beweist, welche im § 14 nur einmalige Girierung gestattet. Ob nun diese beschränkte Indossierung weiter im Gebrauche geblieben oder mag das Indosso, wie Lehmann²⁾ annimmt, bald wieder aus dem Verkehr verschwunden ist, wollen wir dahingestellt sein lassen, jedenfalls aber redet Turri von der ins ungemessene gehenden Reihenavallierung eines Wechsels als von etwas »usitatissimum.« Demnach würden, auch wenn der Wechsel im Falle, den Turri behandelt, nicht den Namen des Titius, sondern den des Sempronius als Remittenten trüge, die verschiedenen Unterschriften nicht als Indossamente zu betrachten sein, vielmehr wäre der Fall so zu construieren, dass jeder Schuldner seinem Gläubiger die Wechselforderung cediert und durch Avalleistung garantiert hätte.

Das avallum diene also, wie das heutige, der Garantie allein, und diese seine Funktion wird von Turri an mehreren Stellen und breit genug hervorgehoben, von einer Transportfunktion ist nicht die Rede. Daher kommt auch die Auffassung Turris vom Aval als einem accessorischen Rechtsakt, während er doch die subscriptio des Duplicats als Schöpfung einer selbständigen Verbindlichkeit richtig erkannte und während doch auch das Indossament als ein durchaus selbständiger Wechselakt zu bezeichnen ist.

Aber doch hat der Aval einen wesentlichen Anteil an der Entwicklung des Indossaments gehabt, nämlich im Zusammenwirken mit der in der zweiten Hälfte des 17. Jhdts. selbst gegen die zahlreichen Verbotsgesetze sich durchsetzenden und darauf von der Gesetzgebung freigegebenen Stellung des Wechsels nicht mehr an einen bestimmten Präsentanten, sondern an die Ordre des Remittenten. Damit wird der Präsentant nicht mehr von vornherein bestimmt, sondern seine Ernennung in die Hand des Remittenten gelegt, zunächst in der allgemein üblichen Form »an Herrn N. N. oder Commissarius;« die Indossierung erschien zunächst als Ermächtigung des Commissarius; diese wurde jetzt stets auf dem Wechsel, auf der Rückseite erteilt³⁾. Nun aber be-

¹⁾ abgedruckt bei Martens a. a. O. S. 77.

²⁾ Seite 49.

³⁾ Lehmann a. a. O. S. 63.

gründet eine Bevollmächtigung an sich eine Garantieverbindlichkeit durchaus nicht. Woher stammt diese nun? Offenbar daher, dass in dieser Willenserklärung zugleich ein Aval zu der Unterschrift des Ausstellers gesehen wurde; wenngleich sie aus begreiflichen Gründen — Mangel an Platz auf der Vorderseite — nicht mehr direkt unter die Unterschrift des Ausstellers gesetzt wurde, so konnte sie doch als Anhang zu derselben gelten; die Garantieverbindlichkeit war also nicht eine zweite Funktion der Transportunterschrift als solcher, wenigstens zunächst nicht.

War es schon früher üblich, den Wechsel durch Aval zu garantieren, wenn man sich seiner, etwa durch Cession, zur Zahlung bediente — wie sich gerade aus dem von Turri angeführten Beispiele ergibt —, so galt es bald als selbstverständlich, dass die Bevollmächtigungsunterschrift zugleich Garantieunterschrift sein sollte. Nur dieser merkwürdige Zusammenhang lässt es erklärlich erscheinen, dass man, als das Indossament dem Namen und der Sache nach längst im Gebrauche war, immer noch indosso, endossement gleich aval, indossieren gleich avallieren setzt¹⁾. Zweierlei haben wir jetzt im »Aval« zu suchen:

1) Die Garantie einer Wechselerklärung, jetzt nachdem die sämtlichen Unterschriften dispositive Natur erlangt haben, zu allen Wechselerklärungen möglich;

2) die Garantie, verbunden zugleich mit der Übertragung des Wechsels.

Im ersten Falle wird die Garantie von einem Dritten, im zweiten vom seitherigen Wechsel-Gläubiger geleistet.

Die zweite Form verlor schliesslich ganz den zweiseitigen Charakter; wie der Name Aval in der neueren Zeit auf den ersten Fall beschränkt blieb und der zweite stets nur als Indossament oder auch Giro bezeichnet wurde, so wurde nun auch bei dem letzteren die Garantie als eine zweite Funktion betrachtet; man gewöhnte sich daran, zwischen Aval und Indosso scharf zu unterscheiden. Nur noch in seiner Transportfunktion stellte das Giro sich als Glied in einer langen Kette dar, in seiner Garantiefunktion dagegen ist es im Gegensatz zum Aval gerade so selbständig wie die Unterschrift des Ausstellers und Acceptanten. Der

¹⁾ vgl. Swoboda a. a. O. S. 7 und dort citierte.

Aval ist accessorisch geblieben, das Indossament dagegen hat sich aus einer accessorischen zu einer selbständigen Verbindlichkeit entwickelt.

Auf diesem Rechtszustand erwuchs das Wechselbürgschaftsrecht des bedeutendsten Gesetzbuchs des vorigen Jahrhunderts, des preussischen Landrechts. Dasselbe bedient sich des Ausdrucks »Aval« nicht, sondern redet stets von »Mitunterschrift,« versteht darunter aber sowohl die gemeinschaftliche Eingehung irgend einer Wechselverbindlichkeit, wie den Fall des echten Avals. Dieser letztere Fall wird ausdrücklich als Bürgschaft bezeichnet, indem zugleich gesetzliche Präsumptionen dafür aufgestellt werden, wann die Mitunterschrift diese, wann jene Bedeutung habe. Ist der Wechsel in der einfachen Zahl ausgestellt und von mehreren unterzeichnet, so wird der erste als Hauptschuldner, die anderen als Bürgen betrachtet¹⁾. Ist aber der Wechsel in der Mehrzahl ausgestellt, so gelten alle als Prinzipalschuldner²⁾; will man sich in solchem Falle als Assistent, Bürge oder dergl. verpflichten, so muss das bei der Unterschrift besonders bemerkt werden³⁾. Die Wechselbürgschaft ist in der Regel eine subsidiäre Verbindlichkeit⁴⁾, der Bürge hat die Rechte und Einwendungen des Hauptschuldners, welche die Forderung selbst betreffen⁵⁾; er tritt nach Einlösung des Wechsels ohne weiteres in die Rechte des Gläubigers ein⁶⁾.

Prinzipiell auf demselben Standpunkte in der Auffassung des Wesens des Avals steht der Code de commerce von 1807, welcher in den Art. 141 und 142 unter der Überschrift »de l'aval« das Rechtsinstitut behandelt. Es soll danach für die Zahlung eines Wechsels — abgesehen von Acceptation und Indossament — durch Aval (d. i. Mitunterschrift) die Bürgschaft übernommen werden können. Sie kann durch einen dritten auf dem Wechsel selbst oder durch besonderen Rechtsact übernommen werden. Der Avalist haftet solidarisch und auf demselben Wege wie Aussteller und Indossanten, vorbehaltlich besonderer abwei-

¹⁾ Preuss. Landrecht Teil II tit. 8 § 785.

²⁾ *ibid.* § 786.

³⁾ *ibid.* § 787.

⁴⁾ Teil I tit. 14 § 296.

⁵⁾ *ibid.* § 310.

⁶⁾ Teil II tit. 8 § 802.

chender Verabredungen der Parteien. Auch hier erscheint der Aval als Bürgschaft, nicht nur wirtschaftlich, denn er ist ja gerade in Gegensatz gestellt zu anderen Wechselklärungen, die Bürgschaftseffect haben können, nämlich Accept und Indossament; abgesehen von diesen (*«indépendamment de l'acceptation et de l'endossement»*) soll für den Wechsel Garantie geleistet werden können durch Aval (*«par un aval»*); und diese wechselförmig eingegangene Bürgschaft wird der civilrechtlichen — *«par acte séparé»* — gleichgestellt. Der Unterschied gegenüber dem preussischen Landrecht liegt in der unmittelbaren, nicht mehr subsidiären Haftung und darin, dass eine gesetzliche Präsumpition, was die Mitunterschrift im einzelnen Falle bedeuten solle, fehlt.

Der erste preussische Entwurf, dem ja die beiden erwähnten Gesetzeswerke als Muster dienten, hält einerseits an den Normen des preuss. Landr. fest, indem er der Wechselbürgschaft ihre subsidiäre Natur belässt. Dies geht aus § 26 hervor, welcher lautet:

»Wer eine wechselförmige Erklärung, selbst wenn diese nur in der einfachen Zahl ausgestellt sein sollte, unterschreibt, haftet solidarisch mit dem Aussteller derselben, insofern er bei seiner Unterschrift nicht ausdrücklich hinzugefügt hat, dass er nur als Bürge, Assistent oder Zeuge betrachtet sein wollte.«

Andererseits aber geht aus diesem § 26 und dem oben S. 4 im Wortlaut wiedergegebenen § 56 hervor, dass solche Bürgschaft nur dann vorliegen soll, wenn sie sich als solche ausdrücklich darstellt, während alle anderen Mitunterschriften als echte Mitschuld gelten sollen, z. B. Mitaccept, auch dann, wenn der Mitacceptant nicht Mitbezogener ist, einerlei, was der Mitunterzeichner eigentlich gewollt hat. Das ist deswegen möglich, weil der Entwurf ein Allein-Accept, darum überhaupt also ein Accept eines Nichtbezogenen kennt¹⁾.

Der Entwurf von 1838 hat in §§ 28 und 65 die vorstehenden Rechtssätze aufgenommen, im folgenden von 1845 § 32 ergibt sich aber schon eine Änderung. Der Bürge haftet nicht mehr subsidiär, sondern im strengsten Sinne solidarisch, wenn auch der Entwurf nicht besonders

¹⁾ s. oben S. 4 ff.

hervorhebt, dass er als Selbstschuldner im Sinne des Ausschlusses von *exceptio beneficii divisionis* und *excussionis* haften solle. Hierdurch ist an der rechtlichen Natur der Verpflichtung desjenigen, der sich als Bürge ausdrücklich bezeichnet, nichts geändert; er ist trotz seiner verschärften Haftung, was er sein will, nämlich Bürge. Ausserdem soll nach diesem Entwurf nur diejenige Allein-Unterschrift eines Nichtbezogenen als *Accept* gelten, die sich als solche ausdrücklich bezeichnet. Als was ist nun die einfache Mitunterschrift eines *Accepts* zu betrachten? Hier könnte es schon zweifelhaft sein, ob sie nicht nach dem mutmasslichen Parteiwillen als Bürgschaft anzusehen sei. Da aber ein Alleinaccept eines Nichtbezogenen nach diesem Entwurf jedenfalls möglich ist, so kann man immerhin gegen die Auffassung als Mitaccept kaum etwas einwenden.

Anders schon § 82 des Entwurfs von 1846; hier haftet jeder Mitunterzeichner, auch wenn er sich als Bürge (*Avalist*) bezeichnet; aber der Entwurf kennt kein Alleinaccept, darum überhaupt kein wirkliches *Accept* des Nichtbezogenen mehr, der Mitunterzeichner eines fremden *Accepts* kann daher als echter Mitacceptant nicht mehr angesehen werden; haften aber soll er! Hier wird also die Frage nach der Natur des *Avals*, die uns für die WO selbst beschäftigte, schon brennend. Der letzte Entwurf von 1847 hat daran nichts geändert. § 74 sagt:

»Die wechselfässige Verpflichtung trifft den Aussteller, Acceptanten und Indossanten des Wechsels, sowie einen jeden, welcher den Wechsel, die Wechselcopie oder das Indossament mitunterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (*per aval*) benannt hat. Die Verpflichtung dieser Personen ist eine solidarische und erstreckt sich auf alles, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit (§ 49—51) zu fordern hat.«

Wenn die Motive¹⁾ dazu sagen, es sei darauf angekommen, die Bedeutung der mehreren Unterschriften einer Wechselerklärung festzustellen, so muss darauf hingewiesen werden, dass sich diese »Bedeutung« aus dem § 74 keineswegs ergibt. Weiter beziehen sich die Motive auf das

¹⁾ Seite 74.

preussische Landrecht und den Code de commerce, indem sie den Unterschied in der Haftung bei beiden Gesetzbüchern hervorheben. Sie geben ausdrücklich den Grundsätzen des Code den Vorzug, es sollen nunmehr alle für einen, einer für alle haften und eine Vorklage des Hauptschuldners nicht nötig sein. Im übrigen aber, was die Auffassung des Wesens des Avals anlangt, unterscheidet sich ja der Code vom Landrecht nicht.

Der Art. 81 WO giebt die Grundsätze des letzten Entwurfs genau wieder, nur wurde die Solidarität genauer bestimmt.

Die Stellung dessen, der sich als Bürge bei der Mitunterschrift bezeichnet, hat in der ganzen Entwicklung vom preuss. Landrecht bis zur WO eine Änderung im Wesen nicht, wohl aber in der Haftung erfahren. Anders der Avalist, der diese besondere Bezeichnung vermeidet. Im Landrecht und Code erscheint er als Bürge, in den ersten preussischen Entwürfen als Mitschuldner, von den Entwürfen an, die das Alleinaccept eines Nichtbezogenen nicht mehr kennen, ist die Frage nicht ausdrücklich beantwortet; hier führt der Weg, den wir oben für das geltende Recht einschlugen, zum Ziele. Der Wechselordnung haben wir also für unser Rechtsinstitut folgende Bedeutung zuzuschreiben:

1) Der Abschnitt XIV (Art. 81--83) handelt von dem »Klagerecht des Wechselgläubigers«, also von der Haftung des Wechselschuldners, auch des Avalisten, aber nur von der Haftung.

2) Der Avalist ist Wechselschuldner, d. h. er haftet wechselfähig, und zwar für alles, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern hat.

3) Der Umfang der Verbindlichkeit ist für alle in Art. 81 genannten Personen, soweit Art. 81 und 82 in Betracht kommen, der gleiche, aber für keine dieser Verpflichtungen will der Art. 81 eine Begriffsbestimmung geben; die Qualität als Acceptant, Aussteller u. s. w. ergibt sich aus anderen Stellen der WO, der Charakter des Mitunterzeichners ist nirgends sonst näher bestimmt, Art. 81 handelt allein von ihm; aber er kennzeichnet die Eigenschaft als Mitunterzeichner nur äusserlich, was er seinem inneren

Wesen nach bedeute, sagt das Gesetz weder positiv noch negativ; die Worte »selbst wenn er sich dabei als Bürge (per aval) bezeichnet hat« bedeuten nur, dass es jede Unterzeichnung einer fremden Erklärung auf dem Wechsel, die ausdrücklich oder nicht ausdrücklich Bürgschaft sein soll, als Fall der Mitunterzeichnung betrachtet wissen will, dass alle Folgen, die es an diese knüpft, auch den Bürgen treffen sollen. Der Ausdruck »mitunterzeichnen« umfasst, wie wir mehrfach, zuerst oben S. 2 zu erwähnen hatten, grundverschiedene Dinge, die auf der äusserlich gleichen Beschaffenheit beruhende Zusammenfassung konnte das Gesetz sich erlauben, weil es die Haftung, von der es allein sprechen will, für alle gleich regelte. Die besondere Erwähnung der Bürgschaft (»Unterzeichnung als Bürge«), die wir auch ohne den Zusatz in Art. 81 als Fall der Mitunterzeichnung anzusehen berechtigt wären, ist darauf zurückzuführen, dass nach seither sehr verbreitetem Rechte — preussischem Landrechte — die Haftung des Wechselbürgen zwar eine wechselfässige, aber eine nur subsidiäre war; ihren Gegensatz zu diesem seitherigen Rechte will die WO scharf markieren¹⁾.

4) Die Haftung ist im Art. 81 Schlusssatz und Art. 82 genauer geregelt.

5) Art. 81 und 82 reden blos vom Inhalt der Verpflichtung des Wechselschuldners, sie sprechen von Rechten desselben nur, soweit sie als Einreden in Betracht kommen; über Entstehung und Endigung der Obligation schweigen sie ebenfalls; soweit sich nicht aus dem Worte »mitunterzeichnen« und aus anderen Sätzen der WO Regeln hierfür ableiten lassen, muss also diese Frage aus dem Wesen der Sache selbst beantwortet werden.

Enthält sich somit der Art. 81 WO der Begriffsbestimmung des Avals und der Fixierung seines inneren Ver-

¹⁾ Desjenigen, der bei seiner Mitunterschrift sich als Bürge bezeichnet, war in dem massgebenden § 32 des Entw. von 1845 noch keine Erwähnung geschehen. Beim entsprechenden § 82 des Entw. von 1846 wurde beschlossen, auch »die Worte per aval als Bezeichnung . . . zu erwähnen«. Danach erhielt § 82 die Fassung »die wechselfässige Verhaftung trifft den Aussteller, Acceptanten und eigentlichen Indossanten, sowie jeden Unterzeichner des Wechselaccepts oder eigentlichen Indossaments, wenn auch die Eigenschaft als Bürge dabei bemerkt ist«.

hältnisses zur Erstschrift, so zeigt sich die Richtigkeit unseres oben S. 18 ff. eingeschlagenen Weges auch hier wieder, wonach der laut Wechselscriptur mutmassliche Wille der Partei massgebend ist. Für die hiernach sich herausstellende Bürgschaft ist das Civilrecht¹⁾ massgebend, soweit nicht die WO abweichende Normen aufstellt. Art. 81 und 82 regeln die Wechselbürgschaft nicht erschöpfend, sondern treffen sie nur in einigen, wenn auch sehr wichtigen Punkten²⁾.

6. Die Mitunterschriften im einzelnen.

Unter Zugrundelegung des oben S. 22 aufgestellten Prinzipes nimmt die Mitunterschrift bei den einzelnen Wechselversprechen, wenn sie nicht schon eine ausdrückliche Bezeichnung trägt, folgenden Charakter an.

1) Unterzeichnet jemand ein Wechselaccept, ohne zugleich Mittrassat des Wechsels zu sein, so ist er Bürge. Wird ein Wechsel von mehreren blanco acceptiert, so ist eine Verbindlichkeit wegen Art. 4 n.7 WO vorerst überhaupt noch nicht entstanden. Die nachfolgende Ausfüllung, die alle als Trassaten benennt, stempelt sie alle zu echten Mitacceptanten, bezeichnet sie dagegen nur einen oder einige als Trassaten, so werden die anderen Bürgen.

2) Unterzeichnet jemand ein Indossament nach einem ausgefüllten Giro, dessen Indossatar er nicht ist, so wird er als Bürge obligiert; war jenes Vor-Giro blanco, so gilt er als Mitindossant.

3) Die Mitunterschrift der Aussteller-Unterschrift bedeutet regelmässig Mitausstellung; ist der Wechsel in der Einzahl gefasst, so ist derjenige als Aussteller anzusehen, der der Willenserklärung als der nächste erscheint, d. i. der erste Subscribent: z. B. in dem Falle: »zahlen Sie gegen diesen meinen Wechsel . . . A. B. C.« oder »zahle ich gegen diesen Wechsel . . . A. B. C,« ist A jedesmal als Aus-

¹⁾ Über das gewöhnliche Civilrecht als Quelle des Wechselrechts s. Lehmann a. a. O. § 37.

²⁾ Ausser Art. 81 kommen noch einige Artikel, wie schon früher ausgeführt, in Betracht (so auch Art. 3, 7, 75, 76).

steller, B und C als Bürgen zu betrachten. Fehlt dagegen im ersten Beispiel das »meinen« oder steht in beiden »unseren« und »wir«, so sind alle drei, A, B und C Mitaussteller; in diesen Fällen bedürfte es zur Erlangung der Bürgenqualität eines besonderen Zusatzes¹⁾.

4) Bestritten ist ob beim Ehrenaccept überhaupt ein Aval vorkommen kann. Die Schwierigkeit ist nur denkbar, wenn man von der Ansicht ausgeht, der Aval begründe eine selbständige Verpflichtung, hier also ein Ehrenaccept. Man leugnet dann die Möglichkeit eines Avals zum Ehrenaccept, weil dies nur möglich sei, wenn der Wechsel notleidet. Sei aber der Wechsel von einem zu Ehren acceptiert, so leide er nicht mehr not; ein zweites Ehrenaccept sei unmöglich, weil ihm die notwendige Voraussetzung fehle, eine diesbezügliche Unterschrift sei wirkungslos. Ausserdem soll auch der Ehrenacceptanten-Aval schon um deswillen nicht verpflichten, weil er in Art. 81 WO nicht genannt sei. Letzteres Argument ist unrichtig, weil die WO das Ehrenaccept als Accept behandelt, wenngleich letzteres völlig selbständig, ersteres dagegen nur im Hinblick auf eine bestimmte schon aus dem Wechsel verpflichtete Person entstehen kann. Die Rechtssätze über das Accept finden auf das Ehrenaccept Anwendung, sofern dieselbe, wie die des Art. 21 Abs. 2 und 3²⁾, nicht geradezu unmöglich erscheint oder durch das Gesetz direkt verboten ist. Die Richtigkeit unserer Be-

¹⁾ Gleicher Meinung Seuff. Arch. Band 29 n. 69, a. A. Swoboda a. a. O. S. 30, Loewy a. a. O. S. 6, welcher sich auf die Motive zum ersten preussischen Entwurf beruft, wonach, »wenn ein von mehreren ausgestellter Wechsel im Context in der einfachen Zahl lautet, doch, wenn von mehreren darin befindlichen Unterschriften alle übrigen bis auf eine, sie möge zu Anfang oder zu Ende stehen, fortgebracht werden, die eine als die eines Ausstellers des Wechsels gilt.« Die Motive haben Recht als Motive zu jenem Entwurf, welcher im § 26 sagt: »wer eine wechsellässige Erklärung, selbst wenn diese in der einfachen Zahl ausgestellt sein sollte, unterschreibt, haftet solidarisch mit dem Aussteller derselben, insofern er nicht bei seiner Unterschrift ausdrücklich hinzufügt, dass er nur als Bürge, Zeuge oder Assistent betrachtet sein wolle.« Hier wird der Mitunterzeichner ausdrücklich nicht als Bürge (der ja nach dem Entw. von 1836 nur subsidiär haftet), sondern offenbar als Mitschuldner angesehen. — Die WO kennt einen solchen Satz nicht mehr, ihr gegenüber nimmt sich eine gleiche Deduktion, wie in jenen Motiven, sehr gekünstelt und unnatürlich aus. Eine Ausstellung einer Wechselerklärung im Singular giebt klar zu erkennen, dass sie nur einen Aussteller hat.

²⁾ s. oben S. 11 Anm. 3.

hauptung folgt übrigens auch aus dem Art. 81 WO selbst: »die wechselfähige Verpflichtung trifft den Aussteller, Acceptanten und Indossanten«. Hier ist der Ehrenacceptant nicht genannt, dass ihn aber die »wechselfähige Verpflichtung« trifft, ist klar, das sagt ja schon Art. 66; aber das Entsprechende ist bezüglich des Acceptanten in Art. 23 auch gesagt, und doch wird er in Art. 81 nochmals angeführt. Hier wird diese Verpflichtung als Recht des Wechselgläubigers erwähnt; da aber auch gegen den Ehrenacceptanten der Wechselgläubiger ein Recht hat, so muss er auch in Art. 81 einbegriffen sein und unter den »Acceptanten« fallen; danach muss der ganze Abschnitt »XIV. Klagerrecht des Wechselgläubigers« auf ihn Anwendung finden. Die Mitunterschrift des Ehrenaccepts ist gerade so zu behandeln wie die eines einfachen Acceptes.

Was den ersten oben genannten Einwand gegen die Möglichkeit des Avals in unserem Falle anlangt, so fällt derselbe bei der Annahme der Bürgschaftsnatur desselben sofort hin. Wenn man sich für jede Schuld verbürgen kann, warum soll man sich nicht auch dafür verbürgen können, dass ein Ehrenacceptant seiner Verpflichtung nachkommen werde?¹⁾

Die Mitunterzeichnung wird stets als Bürgschaft anzusehen sein.²⁾

7. Abweichende Meinungen.

Wie schon früher hervorgehoben, weicht die im Vorstehenden vertretene Auffassung in hohem Grade von der heute herrschenden Theorie des Avals ab, die fast ausschliesslich auf dem Standpunkt steht, er begründe eine durchaus, mindestens aber materiell von der Hauptschuld unabhängige Verbindlichkeit.

Bei der Konstruktion dieser Obligation hat man aber verschiedene Wege eingeschlagen.

Meist hilft man sich damit, dass man sagt, der Avalist trete zum Erstzeichner in Correalitätsverhältnis.³⁾ Damit ist

¹⁾ Aval zum Ehrenaccept wird ja wohl selten sein.

²⁾ Gegen uns Swoboda a. a. O. S. 30, Loewy a. a. O. S. 22, für die Möglichkeit einer Mitunterschrift des Ehrenaccepts ist auch Thöl a. a. O. S. 585 (§ 282), aber er sieht darin ein Ehren-Mitaccept.

³⁾ So Loewy a. a. O. S. 10, Swoboda S. 27 und 30, Kuntze a. a. O. S. 95 (vgl. über dessen Ansicht jedoch auch unten S. 45), Hartmann S. 347, Seuff. Archiv Bd. 33 n. 25. Gegen diese Anschauung überhaupt Lehmann S. 433.

für die Erkenntnis des Wesens des Avals nichts gewonnen. Die Correalität — ebenso wie die Solidarität — bezeichnet nur eine Art der Haftung; woher nun diese besondere Haftung aufs ganze stamme, bleibt dann immer noch zu beantworten. Weiter ist für diejenigen, die als Correalobligation auch die civilrechtliche Bürgschaft ansehen¹⁾, immer noch nicht die Frage erledigt, ob nicht die »correale« Avalverbindlichkeit doch civilrechtliche Bürgschaft sei. Mag man im übrigen über die so sehr controverse Correalobligation und deren Kriterien den Solidarobligationen gegenüber denken, wie man will, mag man insbesondere die Annahme der Correalität als mit der accessorischen Natur des Avals vereinbar ansehen oder nicht: jedenfalls lässt sich aus der WO für die Mitunterzeichnung, speziell den Aval²⁾, ebensowenig wie für die übrigen Wechselobligationen³⁾ Correalität ableiten, da sie sich darauf beschränkt, die Gesamthaftung unter Ausschluss gewisser Einreden vorzuschreiben. Speziell gegen die Auffassung des Avals zum Indossament als Mitindossament sei noch gesagt, dass ein solcher doch nur zur Sicherung des Gläubigers dienen soll. Ja, er kann gar keine andere Funktion haben⁴⁾. Die Hauptfunktion des Indossaments ist im heutigen Recht die Transportfunktion, wenn sie auch wegen Art. 74 WO nur formell ist; die Transportierung des Wechsels in diesem Sinne kann aber nur der Aussteller, Remittent und Indossatar bewirken, nie dagegen der Avalist. Seiner Unterschrift fehlt also die Transportfunktion, sie ist also bei Uebertragung des Wechselrechts überflüssig und ohne jede Bedeutung. Das wäre aber ein merkwürdiges Indossament, dem gerade die Hauptwirkung abgeht! Der echte Aval kann darum nie ein Mitindossament sein⁵⁾.

Da die Correalität keinen Aufschluss gewährt über das eigentliche Verhältnis zwischen Avalist und Hauptschuldner, so wird von den auf diesem Standpunkt stehenden Juristen zugleich der Satz ausgesprochen, dass ein solches wechselrechtlich weder existiere, noch auch nur in Betracht komme,

¹⁾ So die bei Dernburg, Pandekten II § 76 Anm. 5 citierten.

²⁾ Lehmann a. a. O. S. 478.

³⁾ Ders. S. 433.

⁴⁾ vgl. oben S. 2 ff.

⁵⁾ vgl. ROHG Bd. XV S. 169.

dass also einzig und allein das factum der Mitunterschrift die Verbindlichkeit begründe¹⁾. Damit ist die Verpflichtung des Avalisten als eine abstrakte hingestellt. Zur Begründung führt man an, dass die Wechselobligation überhaupt abstrakt sei²⁾. Da es aber eine ganze Reihe verschiedener Wechselobligationen giebt, so kann man nur von der abstrakten Natur dieser oder jener Wechselschuld reden. In der WO ist nirgends die Eigenschaft des Wechsels, dass alle Obligationen, deren Träger er ist, abstrakt seien, ausgesprochen; diese Eigenschaft ergibt sich vielmehr für jede Wechselobligation aus den für sie geltenden Rechtssätzen besonders. Man darf daher nicht folgern: weil der Wechsel abstrakt ist, so ist auch der Aval abstrakt, sondern, wenn alle einzelnen Obligationen sich aus der WO als abstrakte ergeben, umgekehrt. Die abstrakte Natur des Avals müsste also anderswoher aus den für ihn gültigen Rechtssätzen nachweisbar sein: und diese Frage ist nur eine andere Formulierung derjenigen, die uns in der vorliegenden Abhandlung beschäftigt.

Gegenüber den Worten, in der citierten Entscheidung: »der civilrechtliche Bürge — im Gegensatz zum wechselrechtlichen — übernimmt die Haftung für die aus einem bestimmten Rechtsgrunde, z. B. ein Darlehn, entstehende Verbindlichkeit eines andern« sei bemerkt, dass civilrechtliche Bürgschaft an sich verpflichten kann, auch ohne dass die Hauptschuld causal ist; so kann man sich civilrechtlich, auch ausserhalb des Wechsels für eine Schuld aus demselben, wenngleich dieselbe abstrakt ist, z. B. für diejenige des Ausstellers verbürgen. Die causa der Bürgschaft ist nicht mit der causa der Hauptschuld identisch, sie liegt vielmehr in der Existenz derselben; und ob die Existenz der Hauptschuld die causa und Existenzbedingung der Avalschuld sei, ist ja eben wieder die Frage.

Einen wirklich, wäre er richtig, auch zum Ziele führenden Versuch zur Construction des Avals macht Gareis³⁾ im Anschluss an Thöl, indem er sagt, der Aval sei nichts als

¹⁾ So Loewy S. 5 ausdrücklich; vgl. Seuff. Arch. Bd. 33 n. 25.

²⁾ Seuff. Arch. Bd. 33 n. 25.

³⁾ in Holtzendorffs Rechtslexikon unter »Aval«; ferner Gareis, Handelsrecht, 4. Aufl. S. 692, vgl. Thöl a. a. O. § 280 cf. § 250; ähnlich Böhlau, zur Ausgleichung der Valutenverhältnisse unter mehreren Mitausstellern eines eigenen Wechsels, in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 18 S. 410.

ein neuer Wechsel, ein Mitwechsel. Demnach wäre der Acceptantenaval gleich dem Accept ein eigener Wechsel, der zum Indossament eine Tratte. Demgegenüber sagt Lehmann¹⁾ mit Recht: »die Acceptorklärung enthält nicht selbst die Erfordernisse des eigenen Wechsels, welche Art. 96 WO vorschreibt, und diese Erfordernisse für einen eigenen Wechsel aus einer auf dasselbe Papier geschriebenen Tratte zu ergänzen, ist unzulässig«. Ferner dürfte es als ganz unmöglich erscheinen, den Indossanten eines eigenen Wechsels als Aussteller einer Tratte zu behandeln, denn das aus der Vorderseite des Wechsels zu ergänzende Versprechen würde lauten: »zahle ich« und nicht: »zahlen Sie.«

Auch die Konstruktion des Avals als Anerkennung²⁾ muss als verfehlt bezeichnet werden. Denn die Anerkennung einer fremden Schuld als solchen ist keine Anerkennung; wer eine Schuld anerkennt, thut dies, weil die betr. Schuld auf seiner Seite bereits besteht, oder indem er sie als solche wenigstens unterstellt³⁾. Die Absicht aber, eine eigene Schuld zu fingiren und dann anzuerkennen, wird man dem Avalisten nicht unterlegen können.

Von anderer Seite wird die formelle Abhängigkeit der Aval- von der Hauptschuld ausdrücklich anerkannt. Es soll danach der Avalist obligiert werden, wenn seine Unterschrift zu einer formell ordnungsmässigen Erstschrift hinzutritt⁴⁾. Es würde daher z. B. auch nach dieser Meinung ungültig sein der Aval zu einer Wechselerklärung eines Analphabeten durch ein auf den Wechsel gesetztes, aber unbeglaubigtes Zeichen⁵⁾. Dagegen kommt es nach dieser Auffassung nicht darauf an, ob jene Erstschrift echt oder unecht⁶⁾, also im Stande ist, eine Obligation zu erzeugen oder nicht. »Während die übrigen Wechselerklärungen eine selbständige Aufgabe haben, bezieht sich der Aval immer wesentlich auf eine dieser Erklärungen und will die darin ausgedrückte Garantie verstärken durch Hinzutritt eines Mitgaranten.« »Der Aval ist formell accessorischer Akt im Verhältnis zum Hauptakt . . . ,

¹⁾ a. a. O. § 114 Anm. 5 und § 89.

²⁾ Swoboda S. 27.

³⁾ dies auch dann, wenn die Anerkennung als sog. echte eine rein abstrakte Verbindlichkeit begründet.

⁴⁾ Lehmann a. a. O. S. 476.

⁵⁾ Ein Fall, der das ROHG beschäftigt hat (Bd. XV. S. 346).

⁶⁾ Lehmann S. 477, Kuntze a. a. O. S. 95.

aber substantiell ist er selbständiger Akt, d. h. unabhängig davon, ob die Namensschrift des Ersten ächt und verpflichtungskräftig ist¹⁾.«

Damit wäre der Aval nicht als echte Bürgschaft, sondern als Geschäft mit Bürgschaftseffekt, als ein neuer, besonderer Fall jener mannigfaltigen Garantiegeschäfte hingestellt, und mit der alten Stipulationsbürgschaft in nahe Verwandtschaft gebracht. Dem widerspricht aber nicht nur die neuere Geschichte des Rechtsinstituts, namentlich dessen für die WO vorbildlich gewordene Behandlung im preussischen Landrecht und code de commerce, sondern es ist auch die Behauptung unrichtig, der Aval verpflichte, einerlei, ob die Erstschrift echt oder unecht sei, wie wir bereits oben S. 22 ff. zu beweisen hatten.

Man findet öfter in der Literatur die Bemerkung, regelmässig, aber nicht immer, enthalte der Aval eine Bürgschaft, er könne aber auch etwas anderes bedeuten²⁾; es wird indessen nicht gesagt, was dies »etwas anderes« sei. Wie schon gesagt, kann es allerdings vorkommen, dass die Bürgschaft nur zum Schein übernommen wird, dass sogar der Avalist der eigentliche Schuldner — wirtschaftlich — ist, während der Hauptschuldner nur vorgeschoben wurde. Solche Fälle können auch ausserhalb des Wechsels vorkommen; juristisch bleibt die Bürgschaft Bürgschaft, gleichgültig, was für Hintergedanken die Parteien haben. Andererseits bedarf es wohl kaum des Hinweises, dass die Wechselschuld überhaupt nur eine juristische und in diesem Sinne formelle ist, dass dagegen in einer Unzahl von Fällen der Wechselschuldner der eigentliche Gläubiger ist; das richtet sich eben ganz nach der wirtschaftlichen Stellung der beiden zu einander, die oft genug sogar durch den Wechsel verdeckt wird.

Im Gegensatz zu jener öfter auftretenden Behauptung ist das Wort »Aval« so sehr mit dem Begriff der Bürgschaft verbunden, dass man in der kaufmännischen Welt auch Bürgschaften, die durch Ausstellung oder auch Acceptation eines Wechsels, also nicht einmal durch Mitunterschrift eingegangen werden, Avale nennt.

¹⁾ Kuntze S. 95, ähnlich Goldschmidt, Grundriss S. 278, Cosack Handelsrecht S. 317.

²⁾ vgl. Kuntze a. a. O. S. 201.

Die WO hat den Bürgschaftsbegriff des gemeinen Rechts aufgenommen und nur in einzelnen Punkten ein neues Bürgschaftsrecht geschaffen. Diese Bürgschaft ist, ähnlich wie die des Handelsgesetzbuchs, weit strenger als die civilrechtliche. Die Sätze des Civilrechts kommen, soweit sie durch die WO nicht aufgehoben sind, zur Anwendung.



Zweiter Teil.

Das Recht des Avals.

I. Entstehung der Avalobligation.

1. Allgemeines.

Zur Eingehung einer Bürgschaft bedarf es stets zweier Akte: der Begründung der Hauptschuld und der Uebernahme der Bürgschaft selbst. Zu dieser letzteren ist in der Regel ein Vertrag nötig, ein Bürgschaftsvertrag, der bei den Römern eine bestimmte Form erheischte, im gemeinen Recht aber als einfaches, formloses pactum Gültigkeit erlangt. Entsprechendes gilt, vom letzteren Punkt abgesehen, auch für den Aval; er kann frühestens mit der Hauptverpflichtung entstehen. Es bedarf also:

- 1) der Entstehung einer Hauptschuld aus dem Wechsel;
- 2) der Uebernahme der Bürgschaft für dieselbe.

Die zeitliche Reihenfolge der hiernach vorzunehmenden Rechtshandlungen ist einerlei, gerade so wie man sich für eine bereits bestehende oder erst zukünftige Schuld verbürgen kann nach gemeinem Recht. Natürlich wird im letzteren Fall die Avalverpflichtung erst perfekt in dem Momente, wo beide Handlungen vollzogen sind¹⁾.

Hinsichtlich des Entstehens der Hauptverbindlichkeit ist hier nur auf die betreffenden, im Einzelfall zur Anwendung gelangenden Rechtssätze zu verweisen. Zu erörtern ist dagegen an dieser Stelle, wie die Avalverbindlichkeit entsteht und welchen Voraussetzungen sie an sich selbst unter-

¹⁾ Nach den anderen Theorien über den Aval ist dessen Entstehungsgang ein anderer. Nach der Auffassung desselben als Mitaccept u. s. w. würde er gerade so entstehen wie das Accept u. s. w.

liegt. Es fehlt hier in der WO an einer ausdrücklichen Bestimmung, wie sie ja hinsichtlich der anderen Wechselobligationen auch fehlt. Wir werden daher aus den Sätzen der WO eine solche abzuleiten haben. Der Aval selbst ist indes im Gesetz sehr kurz behandelt, so dass uns nichts anderes übrig bleibt, als zu untersuchen, ob nicht die WO bezüglich der Entstehung sämtlicher Wechselobligationen einen einzigen Grundsatz kennt¹⁾, und wenn sich ein solcher ergibt, ihn auf den Aval anzuwenden.

Der Aval unterliegt den eigentümlichen Normen und Erfordernissen, die durch die eigenartige Natur des Wechselpapiere bedingt sind. Daher wird eine mündliche oder auch eine ausserwechselförmige schriftliche Erklärung niemals zum Aval, zu einer »Wechselobligation« führen können. Für die Wechselobligation ist nach heutigem Recht wesentlich die Schriftlichkeit und zwar die Schrift auf dem Wechselpapiere. Darum muss auch der Aval auf dem Wechsel schriftlich gegeben werden. Andererseits wird aber auch nicht mehr erfordert als für jede andere Verbindlichkeit aus dem Wechsel; bedarf es doch auch zur Eingehung einer Bürgschaft nach civilem Recht nicht eines mehr als zur Eingehung anderer — formlos gültiger — Verbindlichkeiten.

2. Entstehung der Obligationen nach Wechselrecht.²⁾

Der — seinem Material nach wertlose — Wechsel empfängt seinen hohen Wert, wie jedes andere Wertpapier, durch das Recht, welches ihm die Eigenschaft verleiht, dass er seinen Eigentümer, wenn er als Berechtigter im Papiere bezeichnet ist, zum Subjekte gewisser Rechte und auch Verbindlichkeiten macht. Das Wechseleigentum ist die Grundlage für eine ganze Reihe bedingter und unbedingter Obligationen.

Dass das Eigentum³⁾ am Wechselbrief das treibende Element ist, geht aus der WO mehrfach hervor, wenn sie

¹⁾ Die Möglichkeit einer einheitlichen aus der WO sich ergebenden Theorie ist vielfach geleugnet, und behauptet worden, dieselbe folge für die verschiedenen Wechselobligationen verschiedenen Grundsätzen.

²⁾ Es kann hier nicht beabsichtigt sein, auf die zahlreichen und wesentlich verschiedenen Wechseltheorien einzugehen; es handelt sich nur darum, die als richtig erkannte zu begründen und für den Aval zu verwerten.

³⁾ Vorausgesetzt, dass die vorgeschriebenen Formerfordernisse erfüllt sind.

auch nur an wenigen Stellen direkt vom »Eigentümer«, vielmehr meistens vom »Inhaber« redet; so in Art. 36 von der »Legitimation als Eigentümer«, in Art. 73 vom Eigentümer eines abhanden gekommenen Wechsels, welcher das Amortisationsverfahren soll beantragen können. Ist dadurch schon die wichtige Stellung des Wechsel-Eigentums als des Bindemittels, welches den Zusammenhang zwischen Gläubiger und Schuldner, die Grundbedingung jeder Obligation, herstellt, bekundet, so ist doch von noch grösserer Bedeutung der Art. 74, welcher lautet:

»Der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimierte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat, oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.«

In anderer Formulierung lautet das: die Legitimation nach Art. 36 vorausgesetzt, entsteht das Eigentum am Wechsel durch gutgläubigen Erwerb des Besitzes an demselben.

Diese Hervorkehrung und besondere Behandlung des Eigentums durch die WO, die doch ihrem eigentlichen Wesen nach ein Recht der Verbindlichkeiten ist, wird nur verständlich durch jene besondere Qualität desselben, dass es seinem Träger eine bestimmte Rechtsstellung zu bestimmten Personen verleiht.

Nur der Wechseleigentümer ist Wechselberechtigter; ohne den Wechsel selbst können keine Rechte aus ihm geltend gemacht werden; dem Nichteigentümer aber kann das Papier jederzeit abgestritten werden. Freilich kann bei dem legitimierten Nichteigentümer, welcher das Papier besitzt, rechtsgültig gezahlt und der Wechsel eingelöst werden¹⁾, auch kann jener Zahlung verlangen, zumal da nach Art. 36 eine Vermutung für das Eigentum des besitzenden Letzt-Indossatars besteht, sofern nur die Reihe der Indossamente vollständig ist. Daher kann z. B. auch der bösgläubige Besitzer eines blanco indossierten Wechsels die Forderung aus ihm geltend machen. Dass er aber das Wechselrecht selbst erworben habe, wird man nicht sagen können, denn es können ihm seine »Rechte« stets durch Vindizierung des Papiere entzogen

¹⁾ WO Art. 36 letzter Satz.

werden. Die Wechselklage ist durch den Besitz bedingt¹⁾, das Recht, aus dem Wechsel zu klagen, also durch das Recht auf den Besitz, das Eigentum.

Erwirbt also der legitimierte Nichteigentümer das Wechselrecht nicht, so erwirbt es auch anderseits nicht der nichtlegitimierte Eigentümer²⁾. Um überhaupt Gläubiger aus dem Wechsel zu werden, bedarf es daher zweier Momente:

1) des Eigentums am Wechselbrief; die persönlichen Rechte gegen die Schuldner, wirtschaftlich die Hauptsache, sind juristisch nur ein accessorium zum dinglichen Rechte.

2) der Legitimation; der betreffende muss im Wechsel als Berechtigter (Aussteller³⁾, Remittent, Indossatar) bezeichnet sein⁴⁾.

Die Legitimation, in der WO eingehend geregelt, hat an dieser Stelle ein besonderes Interesse nicht, wohl aber die Rechtssätze über den Eigentumserwerb, da dieselben nicht nur zum Ausgangspunkt für besondere Theorien über Entstehung der Wechselverbindlichkeiten gemacht worden sind, sondern auch den Anhalt für einen sehr wichtigen Einwand gegen unsere Anschauung geben.

Der Eigentumserwerb am Wechsel ist, wie schon hervorgehoben, von der WO anders als im gemeinen Rechte geregelt. Der gutgläubige Erwerber⁵⁾ wird Eigentümer, mag nun sein Vormann das Eigentum gehabt haben oder nicht. Damit ist der römische Satz: »nemo plus juris transferre potest quam ipse habet« aufgehoben, der Eigentumserwerb der WO ist originär⁶⁾. Auf das Eigentum des Vormanns kommt es unter keinen Umständen an, mag er auch Eigentümer sein, für den Erwerb des Nachmannes ist das völlig belanglos. Demnach ist dessen Eigentumserwerb nicht nur in den Fällen originär, wo der Vormann kein Eigentum hatte, sondern schlechthin.

¹⁾ vgl. Seuff. Arch. Bd. 19 n. 263.

²⁾ WO Art. 36.

³⁾ Dieser ist nur berechtigt, wenn der Wechsel acceptiert ist; vgl. WO Art. 23 Abs. 2.

⁴⁾ Mit Aufstellung dieser beiden Erfordernisse wird die Notwendigkeit weiterer geleugnet; ebenso sollen damit zugleich alle anderen Wechseltheorien abgewiesen werden.

⁵⁾ Grobe Fahrlässigkeit gilt als mala fides.

⁶⁾ Ebenso Seufferts Archiv Bd. 10 n. 79.

Dieser Rechtssatz erleidet aber eine wesentliche Einschränkung; der Wortlaut nämlich des Art. 74 verbunden mit Art. 36 gestattet seine Anwendung auf den Remittenten nicht. Nach der von uns oben angegebenen Theorie würde sich also herausstellen, dass das Gesetz den Indossatar und den Remittenten verschieden behandelte, dass die Theorie, der wir uns anschlossen, falsch sei, dass die WO vielmehr den Eigentumserwerb am Papiere — von der Legitimation ganz abgesehen — zum Erwerbe der obligatorischen Rechte aus demselben nicht genügen lasse. Bei der Entscheidung kommt es darauf an, dasjenige Moment unter den zur Entstehung des Wechselrechts erforderlichen Rechtshandlungen richtig zu bestimmen, aus dem jene Verschiedenheit sich herleitet. Dieses Moment kann nur gefunden werden in den Rechtsfolgen, die sich an den Erwerb des Wechsels knüpfen¹⁾; dieselben »sind einerseits dingliche Rechte am Wechselbrief, und anderseits obligatorische Rechte aus dem Wechselbrief.«

Wenn man nun weiter folgert, da die dinglichen Rechte am Wechsel — juristischer oder publicianischer Besitz — für Remittent und Indossatar die gleichen seien, könne der Unterschied nur in den obligatorischen Rechten sich ergeben, so können wir uns dem deswegen nicht anschliessen, weil die dinglichen Rechtsfolgen des Erwerbes des Wechsels für Remittent und Indossatar die gleichen nicht sind. In Betracht kann natürlich der bösgläubige Erwerb nicht kommen; der gutgläubige aber verleiht dem Indossatar das Eigentum, dem Remittenten dagegen nicht. Aus dieser Verschiedenheit im Erwerb des dinglichen Rechts folgt daun ganz von selbst auch, dass die Gläubigerrechte bei beiden zu verschiedenen Zeitpunkten ins Leben treten.

Der Art. 74 überträgt das auch später im Handelsgesetzbuch Art. 306 und 307 sanktionierte deutschrechtliche Princip vom Mobiliar-Erwerb auf den Wechsel mit der Erweiterung desselben auf gestohlenen und verlorenes Gut. Er handelt aber ganz allein von der Entstehung des dinglichen Rechts am Wechsel, nicht von der der persönlichen Rechte aus ihm, also stellt er einen Unterschied zwischen Remittent und Indossatar auch nur in jener, nicht auch in dieser Beziehung auf. Die Entstehung der Gläubigerrechte bedurfte

¹⁾ Lehmann a. a. O. S. 214.

auch nicht mehr der Regelung, da sie durch diejenige der dinglichen Rechte mitgeregelt war. Ist also für den Remittenten durch Verweisung des Art. 74 auf den Art. 36, der nur vom Indossatar redet, die Anwendung jenes Prinzips ausgeschlossen, so erwirbt der Remittent Eigentum nach Civilrecht, und erst durch dieses Moment werden die Gläubigerrechte in seiner Person zu einem anderen Zeitpunkte perfekt, als wenn er Indossatar wäre. Art. 74 in Verbindung mit Art. 36 enthält also nichts, was unserer Theorie widerspräche¹⁾.

Mit dem Erfordernis des Eigentumserwerbs am Wechsel ist die Bedingung zur Entstehung der Obligation, soweit die Person des Gläubigers in Betracht kommt, gegeben. Es bleibt noch die andere Seite zu erörtern, nämlich die Voraussetzungen, soweit sie in der Person des Schuldners liegen.

Die Beziehung zwischen Wechsel-Gläubiger und -Schuldner wird durch das Wechseleigentum hergestellt, es liegt also eine aktive obligatio in rem scripta vor; dem Eigentümer gebühren die Rechte, ebenso wie es auch Reallasten zu Gunsten eines bestimmten Grundstückes giebt, die dann also dem Grundstückseigentümer als solchem zustehen. —

¹⁾ Ueber den legislativen Grund dieser verschiedenen Behandlung kann man im Zweifel sein. Vielleicht ging man davon aus, dass es sich beim Indossament um Begebung bestehenden Rechts handle, während bei Stellung des Wechsels an Ordre eines Remittenten — den Fall vorheriger Acceptierung ausgenommen — ein solches Recht noch nicht existiert. Man mochte wohl wünschen, die Uebertragung des Wechsels zu erleichtern, nicht aber seine ursprüngliche Entstehung. Dies wäre auch erreicht, wenn nicht die Möglichkeit bestände, den Wechsel an eigene Ordre zu stellen und nachher zu indossieren. Mit Rücksicht auf die leichte Umgehbarkeit und darauf, dass trotz der Annahme der Conferenz (Protoc. Hirschfeld S. 33, Thöl S. 35) ein ganz erheblicher Prozentsatz von Tratten das Accept vor Begebung an den Remittenten empfangen und also in diesem Momente schon Träger von Rechten sind, ist die durch die WO dem Remittenten gegebene Sonderstellung als wenig glücklicher Griff zu bezeichnen. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es sich auch beim Indossament nicht nur um Uebertragung bestehender, sondern auch um Schaffung neuer Rechte handelt. Ausserdem würde auch die Erleichterung der Entstehung der Rechte des Remittenten nicht bedenklich erscheinen können, da ja der Remittent, der wider oder ohne Willen des Ausstellers den Wechsel erwirbt, kaum als gutgläubig anzusehen sein wird. — Vielleicht beruht der Ausschluss des Remittenten vom Art. 74 auch nur auf einem Versehen, da der darin liegende Rechtssatz auf der Initiative der Wechselconferenz beruht (vgl. Protoc. Hirschfeld S. 228, 229, Thöl S. 243), und da liegt eine solche Annahme nahe.

Den Inhalt dieser Rechte bestimmt beim Wechsel ganz allein sein Wortlaut, die Scriptur, d. i. die Summe der auf ihm abgegebenen Erklärungen, also ausser dem Contexte selbst die Unterschriften des Ausstellers, Acceptanten, Indossanten, Ehrenacceptanten, Avalisten. Gegen jeden einzelnen erwirbt der Inhaber ein Forderungsrecht nach Massgabe der betreffenden Unterschrift, soweit dieselbe mit dem Wechsel in rechtlichem Zusammenhange steht. Die Unterschrift auf dem Papier verleiht demselben also kraft Gesetzes die Eigenschaft, dass es seinen Eigentümer zum Gläubiger macht. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Unterschrift unter allen Umständen zur Obligation führe¹⁾.

Diese die Obligation eigentlich erzeugende Kraft hat die Schrift dadurch, dass sie die Erklärung des Willens²⁾ des Schreibers ist, sich nach Massgabe des Wechsels oder des besonderen Inhalts seiner Unterschrift zu verpflichten. Und dieser Wille geht unwiderleglich, resp. nur durch die Schrift selbst widerleglich aus dieser hervor³⁾. Der Wechselinhaber muss sich unbedingt darauf verlassen können, dass die Unterschrift im Einzelfall auch den gesetzlich dahinter vermuteten Charakter habe. Darum wird z. B. derjenige Trassat, welcher behauptet und auch beweist, er habe ja mit seiner Unterschrift vorn auf dem Wechsel gar nicht acceptieren und sich nicht verpflichten wollen, sondern einen andern Zweck damit verfolgt, nicht gehört.

Ist so allerdings die einseitige Willenserklärung seitens des Schuldners als alleiniger Entstehungsgrund bezeichnet, so ist doch zu betonen, dass diese Willenserklärung nicht immer zur Obligation führt, weil ihre Wirkung gehemmt ist. Zu einer Forderung gehören zwei Personen; sie entsteht also erst, wenn durch Wechseleigenthum und Willenserklärung auf dem Wechsel zwei Personen in Connex gebracht sind. Es bedarf daher zur Entstehung der Wechselobligation:

- 1) auf Seiten des Schuldners ganz allein dessen Willenserklärung auf dem Papier;

¹⁾ s. weiter unten, Z. 10 v. u.

²⁾ Lehmann S. 385.

³⁾ s. WO Art. 21, 12, ähnliche aber beschränkere Präsomption in Art. 59, vgl. Art. 81.

2) auf Seiten des Gläubigers :

- a) der Legitimation ;
- b) des Eigentumserwerbes des Wechsels, welcher den unter 1 und 2a gegebenen Erfordernissen genügt.

Erst durch das Zusammenwirken dieser von einander unabhängigen Momente wird die Forderung perficiert, m. a. W. sie ist entstanden, sobald eine andere Person als der Unterzeichner selbst überhaupt aus dem Wechsel berechtigt, dessen Eigentümer ist. Ist daher im Moment der Unterzeichnung ein anderer als der Unterzeichner Eigentümer, so entsteht die Obligation sofort ; ist dagegen in diesem Moment der Unterzeichner selbst noch Eigentümer des Papiers, so kann sie noch nicht entstehen, da niemand sein eigener Gläubiger sein kann. Die Kraft seiner Willenserklärung ist noch gefesselt durch sein Eigentum, im selben Augenblicke aber, wo ein anderer Eigentümer wird, wo die Fesseln gesprengt sind, entsteht die Verbindlichkeit. Darauf, ob zuerst das fremde Eigentum oder die Willenserklärung vorhanden war, kommt es nicht an.

Es entsteht demnach

1) die Acceptverbindlichkeit durch einfache einseitige Erklärung des Trassaten auf dem Wechsel, denselben anzunehmen ; dabei noch die gesetzliche zwingende Vermutung, dass jede Namensunterschrift des Trassaten auf der Vorderseite des Papiere als Annahme gilt, wenn sie nicht ausdrücklich etwas anderes bedeuten will¹⁾. Damit stimmt auch Art. 21 Absatz 4 überein, dessen allein richtige Interpretation²⁾ (wonach auch die Durchstreichung als unzulässige Zurücknahme zu betrachten ist) mit dem obigen Prinzipie sich verträgt. Selbstverständlich modifiziert sich das für den Fall, dass der Acceptant blanco auf einem eigenen Wechselformular acceptiert. Hier wird die Verpflichtung perfekt, sobald der nachherige Aussteller Eigentümer wird und den Wechsel als solcher unterzeichnet und ausgefüllt hat.

2) die Verpflichtung des Ausstellers. Auch hier verpflichtet die einseitige Unterschrift ; nicht ist etwa die durch die Ausstellerunterschrift formell zu ihrem Teil etwa mitbewirkte Uebertragung des Wechselbriefs für die Entstehung

¹⁾ Art. 21 Absatz 2 WO.

²⁾ vgl. Lehmann a. a. O. S. 235.

der Garantieverbindlichkeit constitutiv. Diese Transportfunktion der Unterschrift des Wechsels kommt nur indirekt in Betracht, weil sie nämlich die Legitimation des Erwerbers (Remittenten) herstellt und demnach bei der Hinwegräumung eines der Entstehung der Forderung entgegenstehenden Hindernisses mitwirkt. Der Eigentumserwerb des Remittenten vollzieht sich beim Wechsel an eigene Ordre — wo dann noch besonderes Indossament nötig ist — nach Art. 74, bei dem an fremde Ordre nach civilrechtlichen Grundsätzen.

Es ist zu beachten, dass die Entstehung der Verpflichtung des Ausstellers zugleich Entstehung der ersten Wechselobligation, also des Wechselrechts überhaupt bedeutet, wenn nicht schon vorher der Wechsel acceptiert ist.

3) Das Indossament. Auch hier interessiert uns nur seine Garantiefunktion; die Transportfunktion kommt überhaupt materiell nicht in Frage, sondern nur formell als Legitimation des Nachfolgers, da der Erwerb des Eigentums seitens desselben stets originär ist. Auch hier hat die Uebertragung keine constitutive Bedeutung für die Entstehung der Verpflichtung, vielmehr gilt Entsprechendes wie oben 2. Nur unter diesem Vorbehalt mag man sagen, die verpflichtende Wirkung des Indossaments hänge von der Uebertragung des Wechsels ab.

4) Das Ehrenaccept entsteht durch einfache Unterschrift als Ehrenacceptant¹⁾. Das er giebt sich auch aus Art. 56 ff, die es der Annahme entsprechend behandeln und deren Sätze auf es Anwendung finden²⁾.

Wir können nach alledem das allgemeine Prinzip der Entstehung der Forderung aus dem Wechsel so formulieren: Jede Wechselobligation ist dann perfekt, sobald die Thatsache, dass auf dem Wechsel eine Willenserklärung sich befindet, zusammentrifft mit der Thatsache, dass ein anderer als der Abgeber der Erklärung das durch den Wechsel selbst legitimierte Eigentum an demselben erlangt hat³⁾.

¹⁾ vgl. oben S. 11 ff.

²⁾ oben S. 12.

³⁾ Der hier entwickelten Ansicht sind auch Grünhut (»die Wechselbegebung nach Verfall«) und von Canstein (Wechselrecht S. 235), während andere Vertreter von Eigentumstheorien, wie Goldschmidt (in seiner Zeitschrift Band 8 S. 320 ff) und Lehmann (Wechselrecht S. 226) noch eine weitere Handlung des Eigentümers fordern.

Dies Prinzip findet auch auf den Avalisten Anwendung. Seine Verpflichtung entsteht also, da er ja stets auf einem fremden Wechsel seine Unterschrift leistet, durch einseitige Schrift. Da damit die Obligation, also auch das Recht des Gläubigers begründet wird, so kann die Avalleistung ebensowenig »zurückgenommen« werden, wie die Annahme und Ehrenannahme¹⁾. Es werden also zur Entstehung der Avalverbindlichkeit folgende Thatsachen erfordert:

1) das Vorhandensein einer Hauptverpflichtung, zu welcher der Aval hinzutritt²⁾;

2) die Unterschrift des Avalisten;

3) das Eigentum am Wechsel muss einer vom Avalisten verschiedenen, im Wechsel als Gläubiger bezeichneten Person zustehen.

Die Reihenfolge aller dieser Thatsachen ist ohne Bedeutung³⁾.

3. Die Form des Avals.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass lange nicht in allen Fällen der Avalist ausdrücklich seinen Willen kundgibt, als solcher zu haften, sondern dass er oft einfach seinen Namen auf den Wechsel setzt. Nach WO Art. 81 tritt seine wechselfähige Haftung nur ein, wenn die Unterschrift sich als eine »Mitunterschrift« darstellt, und das ist dann der Fall, wenn sie zu einer andern in örtlichen Zusammenhang tritt⁴⁾. Wer auf einen so bestimmten Raum des Wechsels seinen Namen setzt, kennzeichnet genügend seine beabsichtigte Stellung zur Wechselobligation⁵⁾.

Auf die örtliche Reihenfolge kommt es nicht an⁶⁾; es ist einerlei, ob der Avalist seinen Namen unter, über oder neben den Namen eines Wechselschuldners setzt. Naturge-

¹⁾ Daraus findet auch der Satz seine Erklärung, dass das Indossament, nicht aber das Accept mit vernichtender Wirkung durchstrichen werden kann. Denn bei ersterem ist die Entstehung der Verbindlichkeit gehemmt, also ein Recht des Nachmanns bis zu dessen Eigentumserwerb nicht entstanden.

²⁾ vgl. R. G. Bd. 10, S. 1 ff.

³⁾ vgl. Loewy a. a. O. S. 14.

⁴⁾ vgl. Lehmann a. a. O. S. 476, Hartmann S. 347, ROHG. Bd. XIX S. 89.

⁵⁾ So Loewy a. a. O. S. 13.

⁶⁾ Goldschmidt, Grundriss S. 278.

mässig gilt aber beim Aussteller, sofern überhaupt die übrigen Unterschriften an dieser Stelle als Aval anzusehen sind, die erste als Hauptschrift¹⁾).

Daher muss ein solcher Aval da verzeichnet sein, wo die Hauptverpflichtung räumlich ihren Sitz hat. Fehlt einer auf dem Papiere vorhandenen einfachen Unterschrift eine solche Beziehung zu einer anderen, so kann sie als Aval nicht — möglicherweise als etwas anderes — in Betracht kommen. Ist aber etwa auf der Rückseite acceptiert, was ja zulässig ist, aber ausdrückliche Annahmeerklärung erfordert, so gilt wieder die hinzugefügte Unterschrift als Aval²⁾).

Sehr oft ist Gegenstand des Streites die auf den Wechsel gesetzte, aber in einem besonderen Satze ausgedrückte Bürgschaftserklärung (selbsverständlich muss sich das Vorliegen einer Bürgschaft ausdrücklich aus dem Satze ergeben). Oft findet man dabei auch die Clausel vor, nach Wechselrecht und unter Verzicht auf diese oder jene Einrede haften zu wollen. Wo aber eine solche Clausel fehlt, könnte man leicht in Versuchung geraten, auf die Bürgschaft die besonderen Sätze des Wechselrechts nicht anzuwenden, und sich auf diejenigen des Civilrechts zu beschränken, also eine Wechselbürgschaft im eigentlichen Sinne nicht anzunehmen. Das ist jedoch verfehlt. Zwar wird man hier von einer Mitunterschrift, einem Aval eigentlich nicht reden können. Aber wenn jemand unterschreibt als »Bürge« oder als »Bürge für die Schuld des X« und daraufhin wechselfähig haftet, warum soll er weniger streng haften, wenn er sich noch deutlicher ausdrückt und sagt: »ich verpflichte mich für die Schuld des X als Bürge«? Die WO führte ja auch die Haftung des Mitunterzeichners nicht ein, weil er eben mitunterzeichnete, sondern weil sie hinter der Mitunterschrift mit Recht den Verpflichtungs-, den Bürgschaftswillen vermutete. Soll der Erfolg ein anderer sein, wenn dieser Wille ausdrücklich ausgesprochen wurde? Man würde zudem nach der gegenteiligen Auffassung niemals eine feste Grenze haben, bei der die Haftung nach Wechselrecht aufhört und diejenige nur nach Civilrecht anfängt³⁾. In dieser Hinsicht ist

¹⁾ vgl. oben S. 40.

²⁾ Seuff. Arch. Bd. 13 n.170.

³⁾ Gleicher Ansicht ist: ROHG. Bd. XII. S. 148, XVIII. S. 301, Seuff. Archiv Bd. 23 n.258, Goldschmidt a. a. O. S. 278; abweichend Seuff. Arch. Bd. 19 n.183, 30 n.74. Borchard, WO, 5. Aufl. Zus. 617 f.

also Art. 81 WO. extensiv zu interpretieren; danach haftet ein jeder, der auf dem Wechsel eine Bürgschaft eingeht, nach Wechselrecht, wenn dies nicht durch besonderen Zusatz ausgeschlossen ist. Die etwa hinzugefügte Clausel, nach Wechselrecht haften zu wollen, ist also ein superfluum.

Die Consequenz hiervon ist, dass auch derjenige nach Wechselrecht haftet, der auf der Rückseite des Wechsels eine Bürgschaftsurkunde für eine auf der Vorderseite eingegangene Verbindlichkeit ausstellt, denn auch diese Bürgschaft ist auf dem Wechsel übernommen¹⁾.

Das gleiche gilt auch von der auf einem Duplicate ausdrücklich eingegangenen Bürgschaft wegen der unleugbaren Einheit der verschiedenen Ausfertigungen, infolgedessen ja dieselbe ebenfalls auf dem Wechsel übernommen ist²⁾. Ueberhaupt ist das Duplicat Original wie die Prima, die Unterschriften sind Original-Unterschriften. Ja, vielfach kommen gewisse Unterschriften nur auf der Secunda, nicht auch auf der Prima vor, wie die Indossamente auf dem zur Girierung bestimmten Exemplar. In solchem Falle kann ein Indossamentaval überhaupt nur auf dem Duplicat gegeben werden.

Die Unterschrift braucht nicht auf einem Originalwechsel zu stehen, sondern kann auch auf einer Copie geleistet werden³⁾⁴⁾; auch ist nicht einmal nötig, dass sie örtlich zu einer Original-Unterschrift hinzutritt. Denn auch dann, wenn sie bei der Copie der Hauptunterschrift steht, ist die Willenserklärung deutlich genug abgegeben⁵⁾.

¹⁾ ROHG. Bd. XII. S. 255, dagegen Seuff. Arch. Bd. 37 n.27.

²⁾ Ganz allgemein gegen das Gesagte Seuff. Arch. Bd. 12 n.189.

³⁾ WO Art. 70, 81, Goldschmidt a. a. O, S. 278.

⁴⁾ Freilich hat die Mitunterschrift einer auf der Copie befindlichen Original-Unterschrift nur dann Wirkung, wenn diese selbst Verpflichtungswirkung hat. Dies gilt nach WO Art. 71 vom Indossament; der Aval dazu ist daher zweifellos gültig. Zur Acceptierung kann aber nach dem gleichen Art. die Copie nicht verwandt werden, die Acceptorklärung auf ihr ist wirkungslos, das gleiche gilt dann auch vom Aval dazu (vgl. Lehmann a. a. O. S. 336). Denn dieser Aval kommt weder in Betracht als Mitunterzeichnung eines Accepts im Sinne des Art. 81, da die mitunterschiedene Erklärung kein Accept ist; noch als Mitunterzeichnung der Copie, da in Bezug auf die in der Copie abgegebene Annahmeerklärung der Wechsel nicht Copie ist. Anders, wenn der Annahmevermerk im Original und in der Copie steht; denn dann ist der Aval als Mitunterzeichnung der »Wechselcopie« im Sinne des Art. 81 WO anzusehen.

⁵⁾ Loewy a. a. O. S. 19.

Der Verpflichtung durch — auch ohne weiteren Zusatz geleistete — Mitunterschrift kann man nicht entgehen durch den ausserwechselfähigen Nachweis, dass man sich durch sie nicht habe obligieren wollen; wohl aber kann sie von vornherein ausgeschlossen werden durch Hinzufügung von Worten, aus denen die Absicht, sich nicht verpflichten zu wollen, resp. etwas anderes zu wollen, deutlich hervorgeht¹⁾²⁾.

Selbstverständlich kann die gleiche Verbindlichkeit wie durch den Aval auch durch eine vom Wechsel selbst getrennte Erklärung, als Bürge für diese oder jene Wechselschuld nach Wechselrecht und unter Verzicht auf bestimmte Einreden haften zu wollen, erzielt werden. Ein Aval ist das natürlich nicht, da es nicht eine aus dem Wechsel originierende, sondern eine von ihm der Entstehung nach getrennte Obligation ist, die nicht auf dem Papiere, sondern auf dem besonderen Vertrage zweier Personen beruht. Diese Nebeneinanderstellung weist darauf hin, dass der Aval eigentlich eine neue Art der Bürgschaft ist, die sich von der bereits bestehenden durch die Entstehung unterscheidet: diese ist Bürgschaft durch Vertrag, eine gewöhnliche Kontraktobligation und verpflichtet den Bürgen nur dem Gegencontrahenten, jene durch Scriptur, ohne Vertrag, obligatio in rem scripta³⁾, und verpflichtet ihn allen späteren Indossataren gegenüber.

4. Mängel. Besonderheiten.

Die Mängel in der Willenserklärung des Avalisten selbst sind nach den allgemeinen Grundsätzen des Wechselrechts zu beurteilen. Nach diesen richtet sich die persönliche Fähigkeit⁴⁾, deren Fehlen teilweise zur Nichtigkeit des betr. Wechselversprechens führt (Geisteskrankheit, Minderjährigkeit,

¹⁾ vgl. Seuff. Arch. Bd. 11 n. 285 (»als ehelicher Beistand«), Bd. 13 n. 116 (»bescheinigt«).

²⁾ Hierher ist auch der Ausdruck »contrasignirt« zu rechnen; denn die Bezeichnung der Unterschrift als »Gegenzeichnung« giebt zu erkennen, dass Schreiber sich jedenfalls für die betr. Wechselschuld nicht haftbar machen, sondern irgend einen andern Zweck, etwa den, Zeuge zu sein, verfolgen will. Anderer Ansicht ist Seuff. Arch. Bd. 23 n. 258, 270.

³⁾ s. oben S. 49 ff.

⁴⁾ Art. 1 WO, welcher die Grundsätze des bürgerlichen Rechts entscheidet lässt.

Entmündigung wegen Verschwendung), teils nur ihre Anfechtbarkeit durch Einrede bewirkt (*exceptio Senatus consulti Vellejani*¹⁾). Nach allgemeinen Grundsätzen richten sich ferner die Mängel in der Willenserklärung selbst (Nichtigkeit derselben wegen Fälschung der Unterschrift des Avalisten u. s. w., wegen Mangels der nach Art. 94 WO nötigen besonderen Form). Auf das Einrederecht der WO wird noch einzugehen sein²⁾).

Fehlt dem Wechsel eines der im Art. 4 angegebenen wesentlichen Erfordernisse, so ist auch der Aval auf ihm unverbindlich³⁾, denn in solchem Falle ist ja auch die betreffende Erstschrift ohne Wirkung.

Nach den Grundsätzen des Bürgschaftsrechts wird aber die Gültigkeit der Bürgenobligation auch durch Mängel in der Hauptobligation in Frage gestellt. So ist Bürgschaft für eine nichtige Schuld selbst nichtig. Ist also die Erstschrift etwa gefälscht oder nicht formrichtig⁴⁾, so wird auch der Avalist nicht verpflichtet, ein Satz, der von der WO nicht nur nicht aufgehoben, sondern sogar, wenn auch nicht *expressis verbis*, anerkannt worden ist⁵⁾. Ist die Erstschrift wegen des Mangels der persönlichen Handlungsfähigkeit ohne Verbindlichkeit, so wird nach Art. 3 WO der Avalist als Bürge für eine *naturalis obligatio* obligiert⁶⁾⁷⁾).

Es könnte fraglich erscheinen, ob der Avalist zu einer Erklärung, die von einem *falsus procurator* abgegeben ist, nach Art. 95 hafte. In dubio wird dies nicht anzunehmen sein, da man den Aval als auf die Erstschrift als Ganzes, nicht aber nur als auf die Unterschrift des *procurator falsus* sich beziehend anzusehen hat, die Erstschrift als Ganzes aber nichtig ist. Uebrigens wird man wohl die Obligation des *procurator falsus* nicht als solche kraft und aus einer Willenserklärung, sondern als Deliktsobligation anzusehen haben, an

¹⁾ vgl. unten S. 70.

²⁾ unten S. 66 ff.

³⁾ Art. 7 WO.

⁴⁾ Seuff. Arch. Bd. 30 n. 274.

⁵⁾ s. oben S. 23 ff.

⁶⁾ s. oben S. 25, vgl. Seuff. Arch. Bd. 20 n. 130.

⁷⁾ Abweichend natürlich — wenigstens in der Begründung — alle diejenigen, welche im Aval keine Bürgschaft sehen; Loewy a. a. O. S. 16, Lehmann S. 419.

der der Avalist nicht beteiligt ist. Wäre es aber wirklich an sich möglich, ihn in Anspruch zu nehmen, weil er um den Mangel der Vollmacht gewusst, so könnte man ihn aus dem Wechsel doch nur dann belangen, wenn seine Mitwissenschaft aus der Schrift selbst hervorginge und damit ein Heranziehen von ausserhalb des Wechsels liegenden Thatsachen nicht nötig wäre.

Wenn ein Indossant »ohne Obligo« oder ähnlich zeichnet und sich dazu eine Mitunterschrift findet, so würde nach der Auffassung als Aval eine Verpflichtung nicht entstehen, da der Aval sich über die Wirkung der Hauptunterschrift nicht hinauserstrecken kann¹⁾. Freilich wird man mit Recht sagen können, dass jemand, der ein »ohne Obligo«-Indossament mitunterzeichnet, dies nur thun könne, um die eigentlich den Indossanten treffende Garantieverbindlichkeit auf sich zu nehmen und jenen davon zu befreien. Der Mitunterzeichner wird also hier nicht als Bürge oder Avalist haften; haften aber wird er nach Art. 81, da er doch auch ein Indossament mitunterzeichnet hat; nach seinem inneren Verhältnis zum Erstzeichner wird er wohl als Schuldübernehmer zu bezeichnen sein. Das stimmt mit der von uns vertretenen²⁾ Auffassung von der Bedeutung der Mitunterschrift, widerspricht nicht dem oben ausgesprochenen Satz, dass im Zweifel jede Mitunterzeichnung Bürgschaft sei, sofern nicht der Wechsel selbst auf das Gegenteil hinweist, welches letzteres in unserem Falle vorliegt. Hat aber der Aussteller seiner Unterschrift diesen Zusatz (»ohne Obligo«) beigefügt, so wird der Mitunterzeichner deshalb nicht verpflichtet, weil der Wechsel überhaupt nichtig, seine Unterschrift also gegenstandslos ist³⁾.

II. Inhalt der Avalobligation.

1. Pflichten des Avalisten.

Wie bei jeder anderen Bürgschaft richtet sich die Verpflichtung des Avalisten nach der des Hauptschuldners. In

¹⁾ Borchardt, WO, Zus. 612b; für die Verbindlichkeit auch dieser Mitunterschrift Swoboda a. a. S. 32, Kuntze S. 201.

²⁾ oben S. 22; dieser Fall der Mitunterschrift ist aber kein Aval.

³⁾ vgl. Lehmann a. a. O. S. 440 Anm. 14 und S. 389 bei Anm. 6.

dieser Hinsicht sind die Rechtssätze über den Aussteller, Acceptanten, Ehrenacceptanten, Indossanten auch für den jeweiligen Avalgeber massgebend, sofern derselbe seine Verpflichtung nicht durch einen besonderen Vorbehalt bei der Unterschrift beschränkt hat. Vorbehalte und Beschränkungen ausserhalb des Wechsels oder mündlich erzeugen nur persönliche Einreden¹⁾. Eine Haftung über den Inhalt der Hauptverpflichtung hinaus ist damit nicht vereinbar; darum ist ein Aval, welcher auf eine grössere Summe lautet als das versicherte Accept, nur bis zum Betrage des Accepts selbst gültig²⁾. Lautet das Accept auf mehr als der Wechsel selbst, so ist es auf das plus ungültig³⁾, das gleiche gilt auch für einen unbeschränkten Aval hierzu⁴⁾. Ein unbeschränkter Aval zu Gunsten eines beschränkten Accepts gilt nur bis zu dessen Betrage⁵⁾. Entsprechendes gilt auch bei den Beschränkungen der übrigen Wechselversprechen, zu denen der Aval hinzukommt, soweit solche nach der WO überhaupt zulässig sind⁶⁾.

Den Avalisten aber treffen nur diejenigen in der verbürgten Wechselobligation enthaltenen Verbindlichkeiten, welche ihm nicht rechtlich unmöglich sind. Solche Unmöglichkeit kann sich aus den Eigentümlichkeiten der Regressnahme ergeben. Wenn also z. B. auch der Aussteller eines Wechsels verpflichtet ist, auf Verlangen eines jeden Nachmannes ein Duplicat des Wechsels auszufertigen und ihm auszuhändigen⁷⁾, so trifft diese Verpflichtung seinen Avalisten nicht; denn einerseits kann er selbst ein Duplicat eines ihm an und für sich ganz fremden Wechsels nicht ausstellen, andererseits kann er auch den Aussteller nicht darum angehen, dazu hat er kein Recht. Die Verschaffung eines Duplicats ist ihm ohne die Bereitwilligkeit des Ausstellers selbst unmöglich, darum kann er auch nicht dazu verpflichtet sein. Ebensowenig trifft den Avalisten eines Indossanten dessen Verpflichtung, auf Verlangen eines Nachmannes seinen Vor-

¹⁾ s. unten S. 66 ff.

²⁾ Kuntze a. a. O. S. 201, Hartmann S. 346 Anm. 13.

³⁾ vgl. oben S. 12 Anm. 2.

⁴⁾ Ebenso Loewy a. a. O. S. 8.

⁵⁾ Seuff. Arch. Bd. 13 n. 170.

⁶⁾ In Betracht kommen z. B. Teil-Indossamente; vgl. darüber Lehmann a. a. O. S. 491 ff.

⁷⁾ Art. 66 WO.

mann um Besorgung eines Duplicats anzugehen, denn das kann er gar nicht; steht er doch bis zur Zahlung des Wechsels zu den Vormännern überhaupt in keiner wechselmässigen Beziehung. Und wenn weiter der citierte Art. 66 am Schlusse sagt: »Jeder Indossatar kann von seinem Vormann verlangen, dass die früheren Indossamente auf dem Duplicate wiederholt werden«, so folgt daraus nicht, dass man auch vom Avalisten zu einem dieser Indossamente die Wiederholung seiner Unterschrift verlangen könne.

Im einzelnen treffen den Avalisten eines Acceptanten oder Ausstellers eines eigenen Wechsels die Verpflichtungen: zur Zahlung des Wechsels bei Verfallzeit, zur Zahlung der Regresssumme, ferner zur Sicherheitsleistung im Falle der Unsicherheit jener Personen: nicht dagegen im Falle eigener Unsicherheit; denn er ist weder Acceptant noch Aussteller des eigenen Wechsels, und es giebt eine Cautionspflicht nur wegen Unsicherheit dieser beiden Personen¹⁾. Die Cautionspflicht tritt natürlich auch ein, wenn, wie häufig, der Aval die Form »Bürge für Zahlung der Wechselsumme« hat; denn das Recht auf Sicherheit ist die Folge aus dem Rechte auf Zahlung.

Den Avalisten des Ausstellers und Indossanten trifft der Regress Mangels Annahme, Mangels Zahlung und wegen Unsicherheit des Acceptanten. Ganz entsprechend haftet der Avalist des Ehrenacceptanten für Zahlung des Wechsels, für Cautionsleistung wegen Unsicherheit des Ehrenacceptanten, die ja auch diesen selbst trifft, weil er von der WO als Acceptant behandelt wird²⁾.

Im Falle der Ausstellung eines Rekta-Wechsels oder Rekta-Indossaments haftet der Avalist zu der betr. Rekta-Erklärung nur dem Rekta-Indossatar resp. Remittenten in der durch die WO vorgeschriebenen Weise; im Falle der Weiter-Indossierung gegen das Verbot haftet er dem Neu-Indossatar aus dem Indossament, also wechselmässig, nicht; er kann aber eventuell von ihm auf Grund geschehener Cession in Anspruch genommen werden, hat dann indessen die Einreden, die der Hauptschuldner gegen den Cessionar und gegen denjenigen hat, der gegen das Verbot indossierte.

¹⁾ WO Art. 29 und 98 n. 4.

²⁾ vgl. hierüber Lehmann a. a. O. S. 474 Anm. 9.

»Wechselrecht« des Art. 82, sondern aus Art. 1 WO, Art. 82 trifft die unter jenen gehörigen Fälle nicht

Darum kann der Minderjährige sich auf seine Minderjährigkeit berufen, obwohl sich dieselbe nicht aus der Urkunde ergibt. Entsprechendes gilt auch für den Geisteskranken und den entmündigten Verschwender.

Die WO hat dem Wechselinhaber zur Geltendmachung gewisser Rechte die Vornahme bestimmter Handlungen vorgeschrieben, deren Unterlassung für ihn gewisse Rechtsnachteile zur Folge hat; der Wechselschuldner, zu dessen Inanspruchnahme die Vornahme bestimmter Handlungen vorgeschrieben ist, hat ein Recht auf dieselbe. Hierher gehören:

1) das Recht jedes Wechselschuldners, Herausgabe des quittierten Wechsels gegen die Zahlung zu verlangen¹⁾.

2) das Recht des Acceptanten auf Präsentation, und Recht desselben, im Falle des Unterlassens die Summe auf Gefahr und Kosten des Wechselinhabers öffentlich zu deponieren, wodurch er von seiner Verpflichtung frei wird²⁾. Die Unterlassung von Präsentation und Protestation hat an sich nicht Befreiung des Acceptanten zur Folge³⁾, wohl aber haftet er nicht mehr auf die Regresssumme, da für Regressnahme und die dadurch entstehende Weiterung der Wechselschuld nach Art. 50, 51 und 54 WO jene Akte Bedingung sind.

3) das Recht des Ausstellers und Indossanten auf Präsentation und Protestaufnahme⁴⁾, wovon letztere erlassen werden kann. Unterlassung befreit diese Personen von der Regresspflicht⁵⁾.

4) das Recht des Acceptanten und des Ausstellers eines eigenen Wechsels, im Falle der Domizilierung, auf Präsentation und Protestaufnahme beim Domiziliaten, Unterlassung hat auch die Befreiung jener Personen von der Wechselverbindlichkeit überhaupt zur Folge.

¹⁾ WO Art. 39.

²⁾ Art. 40 WO.

³⁾ Art. 44, vgl. Art. 99 letzter Satz.

⁴⁾ Art. 41 WO.

⁵⁾ Art. 41.

5) das Recht sämtlicher Vormänner des Wechselinhabers auf Notifikation an seinen unmittelbaren Vormann nach Art. 45 WO. Unterlassung wirkt eventuelle Schadensersatzpflicht und Verlust des Rechts auf Kosten und Zinsen gegen alle Vormänner.

6) Das Recht des Ausstellers und Indossanten eines Domizilwechsels auf Präsentation zur Annahme, wenn der Aussteller sie vorschrieb, bei deren Unterlassung der Regress gegen jene Personen verloren geht; und das gleiche Recht im Falle eines Nachsichtwechsels¹⁾²⁾.

Es fragt sich nun, ob der Wechselinhaber, um allen Rechtsnachtheilen aus dem Wege zu gehen, auch dem jeweiligen Avalisten verpflichtet ist, jene Handlungen dem Acceptanten resp. Trassaten und Indossanten gegenüber vorzunehmen, ferner ob er sie auch beim Avalisten selbst im gegebenen Falle vornehmen muss, z. B. ob er beim Avalisten eines Acceptanten präsentieren und Protest erheben lassen, ob er demjenigen eines Ausstellers oder Indossanten notifizieren muss.

Das letztere, die Vornahme entsprechender Handlungen beim Avalisten selbst, ist nicht nothwendig. Im Falle einer echten Mitschuld (Mitindossament, Mitaccept, Mitausstellung) wird man wegen der Unabhängigkeit der einzelnen Obligationen von einander die besondere Vornahme dem einzelnen gegenüber freilich als Bedingung seiner Inanspruchnahme bezeichnen müssen; dagegen bedarf es auch nicht zur Annehmung des einen der Protestierung u. s. w. gegen den andern. Diese Behandlung ergibt sich consequenterweise auch für den Avalisten bei denjenigen, die in ihm einen echten Mitschuldner sehen³⁾.

¹⁾ Art. 24 Abs. 2 WO.

²⁾ Art. 19, 20 WO.

³⁾ Loewy a. a. O. S. 30 ff., obwohl sonst auf dem Standpunkt stehend, der Aval begründe Mitaccept, Mitindossament u. s. w. verneint doch die Nothwendigkeit der Vornahme der in Betracht kommenden Akte dem Avalisten gegenüber, die er dagegen im Falle der Annahme durch mehrere Trassaten und in den übrigen entsprechenden Fällen gegen jeden einzelnen fordert. Ja, er sieht gerade in diesem Moment den Unterschied zwischen Aval — als formeller Mitschuld — und der echten Mitschuld. Gleicher Ansicht — ohne Begründung ist Swoboda a. a. O. S. 47. Die im Texte gegebene Consequenz zieht auch Seuff. Arch. Bd. 33 n. 25: Der Wechselbürge, welcher kein civilrechtlicher Bürge sei, habe dem Wechselinhaber gegenüber dieselben Rechte wie der Erstzeichner (auf Präsentation Protesterhebung, Verjährung.)

Die Ueberflüssigkeit von Präsentation, Protestation und Notification¹⁾ dem Avalisten selbst gegenüber, bei Loewy eine Inconsequenz, ergibt sich nach unserer Auffassung des Rechtsinstituts ganz von selbst. Die WO verlangt ebenso wenig wie das gemeine Recht eine entsprechende Handlung zur Erhaltung des Rechts dem Bürgen gegenüber; vielmehr gilt ganz allgemein der Grundsatz, dass der Bürge stets schon dann in Anspruch genommen werden kann, wenn dies gegen den Hauptschuldner statthaft ist²⁾.

Dagegen hat auch der Avalist ein Recht darauf, dass der Wechselinhaber beim Hauptschuldner seiner jeweiligen Protestations-, Präsentations- und Notificationspflicht nachkomme. Und insoweit der Hauptschuldner von Verbindlichkeiten befreit wird durch Unterlassung dieser Handlungen, wird es auch der Avalist. Denn die betreffenden Ansprüche, soweit sie dem Wechselinhaber in diesen Fällen durch das Gesetz genommen werden, sind nicht etwa bloß durch Einrede entkräftbar, sondern gehen von selbst unter, bezw. kommen gar nicht zur Entstehung³⁾.

Dass durch Protesterlass der Wechselinhaber auch dem Wechselbürgen gegenüber von seiner Pflicht befreit wird, ist schon erwähnt. Zuzufügen ist noch, dass der Protesterlass nicht etwa auch den Erlass der Präsentation in sich schliesst, jener hat vielmehr nur eine Umkehrung der Beweislast zur Folge⁴⁾. Beruft sich also ein Avalist darauf, dass ein solcher Wechsel nicht präsentiert sei, so muss er beweisen, dass es nicht geschehen.

Der Avalist ist auch als befugt anzusehen, durch die in Art. 25 und 40 gestattete Deposition der Wechselsumme seine Befreiung herbeizuführen.

Daraus ergibt sich, dass durch Eintritt eines Bürgen in den Wechselnexus dem Wechselinhaber neue Verbindlichkeiten nicht erwachsen; auch sonst wird er dadurch in seiner Rechtsstellung nicht verschlechtert; so wird er durch die

¹⁾ Notification, auch an den Avalisten verlangt Loewy a. a. O. S. 37; seine Gründe lassen das Erfordernis, resp. seine Einführung durch das Gesetz wohl wünschenswert erscheinen, können jedoch zu seiner Construction nicht ausreichen.

²⁾ Ebenso Goldschmidt Grdr. S. 279, Cosack a. a. O. S. 317.

³⁾ vgl. oben n. 1—6.

⁴⁾ WO. Art. 42, 2. Satz.

Existenz eines Accept-Avals nicht in seinem Rechte beschränkt, Regress Mangels Sicherheit des Acceptanten zu nehmen¹⁾. Denn durch Stellung eines Bürgen, der vielleicht schon vor Eintritt des Unsicherheitsfalles vorhanden war, ist der --- materiellen --- Cautionsverbindlichkeit durchaus nicht immer genügt; ausserdem ist wohl das Wort »Sicherheit« des Art. 29 als Real-Caution zu verstehen.

b) Klagerechte des Avalisten.

Es ist hier noch zu untersuchen, ob und welche Rechte der Avalist gegen den Hauptschuldner, dessen Vormänner und etwaige Mitbürgen hat.

Von vornherein ist selbstverständlich, dass der Avalist den Hauptschuldner aus dem der Avalleistung zu Grunde liegenden — civilrechtlichen — Rechtsgeschäfte belangen kann, sofern dieser ihm überhaupt aus einem solchen verpflichtet ist, etwa mit der *actio mandati contraria* oder der *actio negotiorum gestorum contraria*. Eine allgemeine Klage, die ihren ausreichenden Grund in der einfachen Thatsache der Avalleistung und der Zahlung des Avalisten hätte, ähnlich wie die *actio depensi* des älteren römischen Rechts, giebt es heute für das Wechselrecht zunächst ebensowenig wie für das gemeine Recht. Noch weniger hat der Avalist, eben weil er Avalist ist, eine Klage gegen die Vormänner des Hauptschuldners, ihnen gegenüber noch nicht einmal immer, ja man kann wohl sagen sehr selten, auch nur eine civilrechtliche Klage.

Dass die WO einen solchen wechsellässigen Rückgriff dem Avalisten gegen seinen Hauptschuldner und dessen Vormänner nicht gäbe, müsste als Mangel erscheinen. Denn es würden ja durch erfolgreiche Inanspruchnahme des Bürgen sowohl der Hauptschuldner, wie seine Vormänner, wechselrechtlich wenigstens, frei, und das würde ein durchaus unberechtigtes *lucrum* für dieselben bedeuten, das lediglich darin seinen Grund hätte, dass einer ihrer Gläubiger für seine mit der ihrigen connexe Schuld einen Bürgen stellte! Bezüglich des Hauptschuldners bedarf es wohl gar nicht einmal der besonderen Begründung, wenn wir die Behauptung

¹⁾ Loewy S. 32 ist gleicher Ansicht.

aufstellen möchten, dass die WO damit einen recht unbefriedigenden Rechtszustand geschaffen hätte. Freilich könnte der unangenehmen Consequenz vorgebeugt werden, indem der Avalist die Indossierung auf sich veranlasste, oder — was er ja sogar beanspruchen kann — die Klage sich cedieren liesse. Aber ersteres kann er nicht verlangen und im letzteren Falle hat er wenigstens insofern einen Nachteil, als er sich Einreden *ex persona cedentis* gefallen lassen, ausserdem auch die geschehene Cession beweisen muss; und wenn er versäumte, jene Rechtshandlungen rechtzeitig vornehmen zu lassen?

Besteht nun ein Regressrecht des Avalisten gegen seinen Hauptschuldner und dessen Vormänner thatsächlich nicht? Eine ausdrückliche Bestimmung der WO fehlt, wie schon angedeutet, vollständig; es fragt sich, ob aus anderweitigen Grundsätzen der WO ein solches Recht nachzuweisen ist.

Zunächst könnte man an eine wechselfässige *actio negotiorum gestorum contraria* denken, wenigstens gegen den Hauptschuldner. Aber es handelt sich bei Zahlung und Sicherstellung durch den Avalisten nicht um ein fremdes, sondern um ein eigenes *negotium*; eine *negotiorum gestio* kann höchstens in der Avalleistung gesehen werden, ergiebt sich aber aus dem Wechsel nicht, sondern bildet, wie ein etwa vorliegendes Mandat, die dem civilrechtlichen Verhältnis zwischen Avalgeber und Hauptschuldner angehörende *causa* dieses Wechselaktes¹⁾.

Auch nach den Grundsätzen der Bereicherung ist das Regressrecht des Avalisten gegen den Hauptschuldner und dessen Vormänner nicht zu construieren. Ganz ausgeschlossen ist zunächst, auf diesem Wege für die etwa selbstgeleistete Sicherstellung sich an diesen Personen schadlos zu halten. Ferner ist die von der WO Art. 83 eingeführte Bereicherungsklage auf ganz bestimmte Fälle, zu denen der unserige nicht gehört, beschränkt; endlich kann auch eine etwa aus dem gemeinen Recht abgeleitete wechselfässige *condictio sine causa* auf Vergütung der gezahlten Wechsel- resp. Regresssumme nicht in Betracht kommen; denn diese setzt Erwerb des Conditionsbeklagten aus dem Vermögen des *Condicionen* voraus, und das liegt in unserem Falle auch nicht vor.

¹⁾ s. oben S. 76.

Einen Anhaltspunkt für das Regressrecht des Avalisten können nur die in der WO enthaltenen Grundsätze über die verschiedenen Regresse geben, das sind die der Art. 25—28, 29, 41—55, 62—65.

Was nun zunächst den Regress auf Sicherstellung wegen nicht erhaltener Annahme anlangt, so steht derselbe nach Art. 26 nur dem Remittenten und jedem Indossatar unter gewissen formellen Voraussetzungen zu. Beides, Remittent und Indossatar, sind streng abgegrenzte Begriffe, welche die Einbeziehung des Avalisten von vornherein gänzlich ausschliessen. Ganz das gleiche gilt von dem Regress auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten in den Fällen des Art. 29 n. 1 und 2. Regressberechtigt sind nach Art. 29 der Inhaber des Wechsels und jeder Indossatar (wobei wir jedoch die Frage, ob nicht auch der den Wechsel nicht innehabende Remittent und Aussteller als berechtigt anzusehen sei, die wir bejahen möchten, unerledigt lassen wollen); jedenfalls ist der Avalist weder als »Indossatar« noch als »Inhaber« anzusehen.

Ebensowenig finden die Grundsätze der Art. 41—53 über den Regress *Mangels Zahlung* Anwendung, wenigstens unmittelbar¹⁾ nicht. Die WO unterscheidet hier den Regress des Inhabers (Art. 50) und den sog. Remboursregress (Art. 51). Der erstere ist derjenige »des Inhabers, welcher den Wechsel Mangels Zahlung hat protestieren lassen,« also des Ausstellers, Remittenten, Indossatars, welcher keine Nachmänner mehr hat. Auch hier kann der Avalist keinesfalls in Betracht kommen.

Ueberall giebt hier das Gesetz den Regress klar und bestimmt gewissen Personen und schliesst damit direkt den Avalgeber aus; wir haben es überall zu thun mit dem Regress von Personen, die schon früher als Gläubiger in den Wechselverband eingetreten waren, die im Regress nur einen Teil ihrer schon bestehenden und trotz etwaiger Weitergabe nicht verlorenen Wechselrechte geltend machen²⁾.

Auch gegen den Acceptanten steht dem Avalisten ein Wechselrecht nicht zu. Wenn Art. 23 WO sagt: »Der Be-

¹⁾ Mittelbar haben diesen Regress auch andere Personen, nämlich durch Art. 63.

²⁾ Ueber diese Auffassung s. auch Lehmann S. 259.

zogene wird durch die Annahme wechselfähig verpflichtet, die von ihm acceptierte Summe zur Verfallzeit zu zahlen«, so ist damit zwar nicht ausdrücklich der Avalist von der Gläubigerschaft ausgeschlossen; aber nach den Ausführungen oben S. 49 ff. ist der Acceptant, wie jeder Wechselunterzeichner nur demjenigen gegenüber verpflichtet, der überhaupt Gläubiger aus dem Wechsel geworden ist, m. a. W. der das legitimierte Eigenthum am Wechselbrief erlangt hat, was beim Avalisten nur dann der Fall ist, wenn der Wechsel auf ihn indossiert wurde.

Sind so dem Avalisten alle diese Rechte des Wechselgläubigers abgeschnitten, so lässt sich vielleicht doch wenigstens der Regress auf Zahlung infolge der Einlösung aus der WO rechtfertigen: ein Regress wegen Zahlung auf Zahlung, ein Gläubigerrecht, das durch die Einlösung erst entsteht. Hierzu geben die Art. 62 ff. WO eine Handhabe. Ein jeder kann einen jeden Wechsel, auch wenn ihm derselbe vollständig fremd ist, sofern er nur Not leidet, d. h. von dem Bezogenen bei Verfall nicht eingelöst ist, zu Ehren irgend eines Indossanten oder des Ausstellers einlösen, sog. Ehrenzahlung. Durch diesen Akt tritt er als Gläubiger in den Wechselnexus ein, gleich einem Indossatar¹⁾. Es bestimmt weiter die WO, dass dem Ehrenzahler der Wechsel und der Protest Mangels Zahlung ausgehändigt werden muss²⁾; ferner, dass der Protest im Falle einer Ehrenannahme oder Ehrenzahlung enthalten muss, von wem, für wen und wie sie angeboten und geleistet wird³⁾. Dass diese Vorschriften entsprechende Pflichten des letzten Wechselinhabers, wenigstens zur Herausgabe der Urkunden, begründen, ist zweifellos: ist aber die Befolgung derselben auch Bedingung der Regressnahme des Ehrenzahlers? Es ist das nicht der Fall, weil es von der WO nicht gesagt ist. Es wird daher der Ehrenzahler den Regress auch dann nehmen können, wenn dem Art. 88 n. 5 im Proteste nicht genügt ist; er kann aber bei seiner Zahlung verlangen, dass die entsprechenden Angaben in der Protesturkunde Aufnahme finden. Dass das richtig ist, ergibt sich aus Art. 63 WO, wo es heisst, dass der

¹⁾ WO Art. 63, 2. Satz.

²⁾ Art. 63, 1. Satz.

³⁾ Art. 88 n. 5 WO.

Ehrenzahler »durch die Ehrenzahlung« in die Rechte des Inhabers eintrete; die Zahlung ist das constitutive Element. Freilich wird er aus allgemeinen Gründen den Regress ohne Wechsel und Protest nicht nehmen können, da man ohne Scriptur Rechte aus dem Wechsel überhaupt nicht geltend machen kann.

Ehrenzahlung kann, wie gesagt, von jedermann geboten und geleistet werden; ihr Zweck ist Vereinfachung des Regresses, wenngleich sie auch dem unmittelbaren Nachmann des Honoraten gegenüber vorgenommen werden kann.

Als solche Ehrenzahlung kann auch die Zahlung des Avalisten angesehen werden. Auf den ersten Blick mag diese Auffassung etwas befremdlich erscheinen. Aber wenn einem jeden die Intervention durch Zahlung und damit Erwerb des Wechselrechts gegen eine bestimmte Wechsellperson und deren Vormänner möglich ist, warum sollte sie nicht auch dem Avalisten möglich sein?

Allerdings darf man den grossen Unterschied zwischen der Zahlung des Avalisten und der Ehrenzahlung seitens eines Dritten, auf dem Wechsel als Notadressat genannten oder auch nicht genannten nicht übersehen. Denn dieser Ehrenzahler zahlt eine fremde, der Avalist aber nach der einmal vorhandenen Bürgschaftsübernahme eine eigene Schuld. Diesen Einwand würden wir auch als vollberechtigt anerkennen, wenn der WO eine Ehrenzahlung nur in diesem Sinne bekannt wäre. Auch der zahlende Ehrenacceptant zahlt ja nicht eine fremde, sondern eine eigene Schuld — er ist doch durch sein Ehrenaccept verpflichtet¹⁾ — und erwirbt dennoch das Regressrecht gegen Honoraten, Vormänner desselben und Acceptanten. Auch zwischen dem Ehrenacceptanten und dem Avalisten besteht ein tiefgreifender Unterschied, da ja das Ehrenaccept auch und vorzugsweise zur Vereinfachung des Regresses, nicht allein zur Sicherung des Wechselgläubigers, der Aval nur zur Sicherung gegeben wird. Aber dieser Unterschied ist hier nicht von Belang. Denn das beiden gemeinsame Moment ist dasjenige, welches den Regress des Ehrenacceptanten begründet. Dieser hat das Regressrecht nicht, weil er Ehrenacceptant ist, son-

¹⁾ WO Art. 60.

dern weil und wenn er zahlt. Darum wird sein Recht auch nicht in Art. 56—61 unter »Ehrenannahme«, sondern in Art. 62—65 unter »Ehrenzahlung« statuiert; die Zahlung zu Ehren einer bestimmten¹⁾ Person, hier also derjenigen, zu deren Ehren schon angenommen wurde, ist das treibende Moment. Und wenn der Ehrenacceptant als Ehrenzahler gilt, obwohl er eine eigene Schuld zahlt, so ist diese Annahme auch beim Avalisten vollauf gerechtfertigt. Einen bestimmten Honoraten zu finden, ist auch nicht schwer. Auch der Ehrenacceptant braucht bei der Zahlung keinen Honoraten mehr zu nennen, das ist ganz selbstverständlich der, zu dessen Ehren er schon acceptierte, im Zweifel laut gesetzlicher Vermutung der Trassant; beim Aval würde man niemand anders als den Hauptschuldner als solchen anzu- sehen haben.

Insbesondere gestattet auch der Aval zu einem Accepte diese Auffassung; eine Ehrenzahlung ist auch zu Gunsten des Acceptanten, obwohl er den Wechsel hat unter Protest gehen lassen, nach der WO² durchaus möglich³, da sie keinerlei Beschränkung enthält hinsichtlich der Personen, zu deren Ehren interveniert, speziell gezahlt werden kann; sie ist auch praktisch sehr wohl denkbar.

Man könnte unserer Anschauung noch entgegenhalten, dass, während der Avalist schlechthin verpflichtet sei, der Ehrenacceptant nur zur Ehrenzahlung verbunden wäre. Dieser Einwand wäre durchschlagend, wenn Ehrenzahlung und die Verpflichtung dazu dem Wechselgläubiger gegenüber etwas anderes wäre als Zahlung und Verpflichtung dazu. Das ist aber durchaus nicht der Fall. Es sagt auch Art. 60 WO: »der Ehrenacceptant wird den sämtlichen Nachmännern des Honoraten durch die *A n n a h m e* wechselmässig verpflichtet«. Das Ehrenaccept ist also nach der WO den Nachmännern des Honoraten gegenüber echtes Accept, danach bestimmt sich auch seine Haftung. Darum ist er verpflichtet zur Zahlung wie der Acceptant, auch zur Sicher-

¹⁾ Seuff. Arch. Bd. 17 n. 278.

²⁾ WO Art. 56—65.

³⁾ Anderer Ansicht ist freilich die herrschende Meinung, z. B. Lehmann S. 472 bei Anm. 3 a.

stellung im Falle eigener Unsicherheit¹⁾. Die kürzere Verjährungsfrist und die besonderen Voraussetzungen der Entstehung vermögen an dem Gesagten nichts zu ändern. Die Zahlung des Ehrenacceptanten ist aber dem Wechselgläubiger gegenüber nichts weiter als einfache Zahlung, Befriedigung desselben; den besonderen Charakter als Ehrenzahlung hat sie nur in seinem Verhältnis zu dem Honoraten und dessen Vormännern. War er dem Gläubiger nur zahlender Acceptant, so ist er diesen gegenüber und nur ihnen gegenüber Intervenient.

Von einer eigentlichen »Verpflichtung zur Ehrenzahlung« kann man im Verhältnis zum Wechselgläubiger unseres Erachtens überhaupt nicht reden.

Bezeichnet die WO die Zahlung dieser schlechthin dazu verpflichteten Person als Ehrenzahlung im Verhältnis zum Honoraten und dessen Vormännern, so sehen wir von dieser Seite keinen Grund, warum nicht auch die Zahlung des Avalisten als Ehrenzahlung im Verhältnis zum Hauptschuldner und dessen Vormännern angesehen werden könnte.

Damit erledigt sich auch das etwaige Bedenken, dass der Wechselgläubiger sich seitens des Avalisten »Ehrenzahlung« nicht brauche gefallen zu lassen. Für ihn ist es gleich, ob ihm die Erfüllung seiner Forderung als Ehrenzahlung oder schlechthinige Zahlung geleistet wird.

Aber es bleibt doch noch eine Frage zu erledigen; dürfen wir auch nach dem Vorstehenden den Beweis dafür als erbracht ansehen, dass die Zahlung des Avalisten als Ehrenzahlung betrachtet werden kann, so ist doch noch fraglich, ob dieser Fall der Ehrenzahlung unter den Art. 62 ff. WO. gehört. Art. 62 spricht von drei Fällen der Ehrenzahlung: Zahlung des Notadressaten, Ehrenacceptanten, und eines »anderen Intervenienten«. Dass der Avalist weder Notadressat noch Ehrenacceptant ist, bedarf kaum der Erwähnung. Es fragt sich nur, ob der Begriff des »anderen Intervenienten« die Aufnahme des Avalisten gestattet. Freilich ist der Avalist von vornherein Intervenient, wenn man darunter jeden versteht, der für eine fremde Schuld eintritt, seine Intervention vollzieht sich im Momente der Avalschrift;

¹⁾ vgl. oben S. 64 Anm. 2, Lehmann S. 474 Anm. 9.

die Zahlung würde dann keine eigentliche Intervention in diesem Sinne mehr bedeuten, da er ja eine nunmehr in seiner Person begründete, wenn ihm vielleicht auch wirtschaftlich fremde Schuld zahlt. Aber die Worte »anderer Intervenient« denken ja gar nicht an eine eigentliche Intercession, sondern an die Zahlung einer, wenn auch eigenen Schuld für einen anderen. Wenn die WO von »anderen Intervenienten« redet, so sagt sie damit zugleich, dass sie auch den zahlenden Notadressaten und — das ist für uns wichtig — den zahlenden Ehrenacceptanten als Intervenienten betrachtet. Daraus folgt, dass auch derjenige Zahlungsintervenient sein kann, der an sich aus dem Wechsel verpflichtet ist, wenn er nur noch Vormänner hat, denn zu Ehren eines Nachmannes kann man nicht zahlen. »Intervenient« ist daher nicht nur der dritte, dem Wechsel völlig fremde Zahler, sondern weiter auch der Indossant, der seinem Gläubiger den Wechsel zu Ehren eines seiner Vormänner zahlt, ein Fall, der möglich ist, aber kaum vorkommen kann, da er ja den regressus per saltum hat und schon dadurch eine Vereinfachung des Regressgeschäftes herbeiführen kann. Aus dem gleichen Grunde steht nichts im Wege, auch den Avalisten unter den Begriff des Intervenienten des Art. 62 WO aufzunehmen. Und das um so mehr, als die Ehrenzahlung, ausser im Falle des Ehrenacceptes und der Notadresse, in jedem Stadium des Regresses, nicht nur zu Beginn desselben durch den letzten Inhaber, also nicht nur als Zahlung an Stelle des Acceptanten, sondern auch als solche an Stelle anderer Wechselverpflichteten, etwa eines Indossanten, vorgenommen werden kann¹⁾.

Damit hat der Avalist die gleichen Rechte wie die im Art. 62 mit den Worten »einen anderen Intervenienten« bezeichneten Ehrenzahler, also den Regress auf Zahlung gegen Hauptschuldner und dessen Vormänner, sowie gegen den Acceptanten²⁾, nicht aber den auf Sicherstellung.

¹⁾ Dies ist im Art. 62 WO nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus ihm von selbst.

²⁾ Den Regress gegen die Vormänner giebt dem Avalisten, wenngleich aus anderem Grunde, auch Loewy a. a. O. S. 38, doch verweigert er denjenigen gegen den Hauptschuldner; ebenso Lehmann S. 477 Anm. 6, Swoboda S. 45. Gegen uns allgemein Seuff. Arch. Bd. 10 n. 82, für uns hinsichtlich

Eine solche Konstruktion des Regressrechtes mag wohl auf den ersten Blick etwas gesucht erscheinen, ist aber aus den oben schon angegebenen Gründen der Billigkeit erwünscht, anderseits aber auch deshalb durchaus berechtigt, weil die WO das ganze, vielleicht ja praktisch nicht so wichtige Rechtsinstitut des Avals nur sehr vorübergehend und flüchtig behandelt und fast ganz der wissenschaftlichen Konstruktion überlässt.

Ein Rückgriff gegen etwaige Mitbürgen steht dem Avalisten weder wechsellässig noch ausserhalb desselben gesetzlich und notwendig zu¹⁾. Als Ehrenzahler kann er ihnen gegenüber nicht angesehen werden, er zahlt nur zu Ehren des Hauptschuldners. Er kann sich aber die Klage cedieren, auch den Wechsel auf sich indossieren lassen; freilich hat er ein Recht nur auf die Cession, nicht auch auf Indossierung²⁾. Lebhaftige Controverse herrscht über die Frage, welche Wirkung die Cession oder Indossierung auf einen dieser Bürgen habe. Das Gesetz schweigt darüber; wohl hat die Nürnberger Konferenz sich mit dieser Frage beschäftigt, es wurden jedoch die von ihr adoptierten Grundsätze nicht Gesetz³⁾.

Die eine Hauptansicht ist zuerst von dem Ober-Appellationsgericht zu Rostock vertreten worden (Entscheidungen vom 29. 7. und 9. 8. 1854, 26. 1. 1857 und 2. 5. 1867 bezüglich des Indossaments, 28. 8. 1856 hinsichtlich der Cession⁴⁾): danach hat der Mitaussteller- (bei uns Mitbürge-) Indossatar nur das Recht, jeden seiner Mitschuldner (also Mitbürgen) wechsellässig pro rata zu belangen, ausser wenn er ein anderweitiges Sachverhältniss, namentlich, dass der in

des Hauptschuldners Bd. 17 n. 40. Das oben entwickelte Regressrecht gegen den Hauptschuldner ist im schweizer. Obligationenrecht ausdrücklich vorgeschrieben: Art. 504, nach welchem auf den Bürgen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, die Rechte desselben übergehen. Hierauf nimmt Art. 809 (»Klagerechte des Wechselgläubigers«) mit den Worten Bezug: Die Regressansprüche eines Mitunterzeichners, welcher sich als Bürge bezeichnet hat, gegen denjenigen, für welchen er sich verbürgt hat, sind nach den Bestimmungen über Bürgschaft zu beurteilen.

¹⁾ Seuff. Arch. Bd. 17 n. 39, 25 n. 11 (ROHG.)

²⁾ s. oben S. 69.

³⁾ Loewy a. a. O. S. 39.

⁴⁾ s. Borchardt, WO Zus. 613 (a), b, d.

Anspruch genommene »correus« das dem Wechsel zu Grunde liegende Darlehn erhalten und die anderen Mitaussteller (des eigenen Wechsels) nur Bürgen seien, darzulegen vermag. Das letztere kann für uns nicht in Betracht kommen, da es sich hier nicht um das Verhältnis von Bürgen zum Hauptschuldner, sondern von mehreren Bürgen unter einander handelt. Überhaupt ist die Ansicht nicht als richtig zu bezeichnen. Denn wenn der Mitbürge-Indossatar die anderen aus dem Wechsel auf ihre Quote verklagen will, so muss er seine Klage auch hinsichtlich dieser Quote aus dem Wechsel substantiieren. Dieser aber sagt darüber — wenigstens fast immer — gar nichts aus; Kläger müsste also, da auch eine gesetzliche Vermutung für die — gleichen — Anteile der einzelnen nicht besteht, vielmehr die WO einfach solidarische Haftung vorschreibt, auf den etwa vorhandenen zu Grunde liegenden Vertrag, also auf ausserhalb des Wechsels liegende Thatsachen zurückgehen, und das ist in der Klage aus dem Wechsel nicht zulässig¹⁾.

Ebenso soll nach jener Ansicht der Bürge-Cessionar gegen seine Mitbürgen nur deren Quotenanteile an der Summe einklagen können. Allerdings ist die Cession ein civilrechtliches Geschäft, und daher gilt hinsichtlich der Cession selbst das im Vorstehenden Gesagte nicht; aber es darf nicht verkannt werden, dass aus ihr allein nicht geklagt wird, dass vielmehr die cedierte Forderung das Klagfundament ist; das ist hier eine cedierte Wechselforderung. Während die Cession freilich durch ausserhalb des Wechsels liegende Umstände begründet und bewiesen wird, bedarf es doch bezüglich der Forderung selbst wieder des Zurückgehens auf den Wechsel und nur auf diesen. Ist also die Wechselforderung ganz cediert, so ist der Cessionar gegen jeden einzelnen Mitbürgen nicht von vorneherein Gläubiger auf eine bestimmte Quote; denn die Anteile würden höchstens dann aus der Cession begründet werden können, wenn die Klagen nur zu einem gewissen Teile gegen jeden einzelnen Mitbürgen cediert wären.

Nach einer anderen Ansicht soll der Zahler, auf den giriert oder cediert ist, überhaupt kein Regressrecht gegen

¹⁾ Loewy a. a. O. S. 41, Swoboda S. 27, RG Bd. 10 S. 1, Böhlau S. 406

seine Mitbürgen bekommen und ganz auf die etwa vorhandenen civilrechtlichen Rechtsmittel beschränkt sein.¹⁾ Dies deshalb, weil durch Confusion, also Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerstellung in der Person des Bürgen-Cessionars (-Giratars) die Bürgschafts-Obligation, wenn nicht ganz, so doch mindestens zu einer Quote, untergehe. Die Höhe dieser Quote aber könne auch wieder nur durch Eingehen auf ausser dem Wechsel liegende Momente nachgewiesen werden, damit könne wieder nicht aus dem Wechsel hervorgehen, bis zu welchem Betrage die Wechselforderung nicht untergehe, also bestehen bleibe und vom Cessionar oder Giratar könne geltend gemacht werden.

Dass die gesamte Bürgschaftsschuld der sämtlichen Mitbürgen durch Confusion oder Zahlung untergegangen wäre, wird nur der behaupten können, der in der Bürgschaft eine Correal-Obligation sieht und deren Einheit auch für das heutige Recht noch aufrecht erhält. Für uns ist diese Folgerung völlig ausgeschlossen.

Nun gilt aber allgemein der Satz, dass Zahlung seitens eines von mehreren Solidarschuldnern auch die übrigen befreit. Eine Zahlung gegen Cession der Klage ist aber schon keine Zahlung der Schuld, sondern Zahlung des Cessions-(Kauf-) Preises; jeder Bürge hat nach gemeinem Rechte das Recht auf Klagencession; wollte man nun sagen, er könne gegen die Mitbürgen nicht klagen, weil die Schuld durch Zahlung eines Solidarschuldners untergegangen sei, so wäre das *beneficium cedendarum actionum* zu einem guten Teile absurd.

Aber noch nicht einmal zum Teile ist die Aval-Obligation untergegangen; durch die Zahlung nicht, denn es ist eben gesagt, dass sie nur Kaufpreis für die Cession, resp. im Falle des Indossaments für den Wechsel selbst sei; durch Confusion auch nicht, denn wie unten noch nachzuweisen sein wird, wird die Wechselobligation nur getilgt durch Einlösung.

Der Mitbürge-Cessionar (Giratar) erwirbt vielmehr gegen jeden seiner Mitbürgen die volle ihm cedierte oder indos-

¹⁾ Loewy S. 40, Hartmann S. 347.

sierte Wechselforderung¹⁾, ist sie ihm nur zum Teil cediert oder giriert²⁾, dann nur diesen Teil, aber gegen alle, die dann auch auf diesen Teil solidarisch haften. Jeder dieser Solidarschuldner hat dann nur noch die ihm nach Art. 81 und 82 verbleibenden Einreden; jeder also kann an sich aufs ganze belangt werden. Wenn aber zwischen den mehreren Mitbürgen bei Eingehung der Bürgschaft ein Vertrag abgeschlossen war, der die Höhe des Anteils eines jeden einzelnen bestimmte, so kann dem aufs ganze klagenden Vertragsgenossen die persönliche Vertragseinrede entgegengehalten werden. In solchem Falle würde dieser keinen der Mitavalisten auf mehr in Anspruch nehmen können, als auf den diesen vertragsmässig treffenden Anteil. Das oben bezüglich des Eingehens auf ausser dem Wechsel liegenden Momente gesagte steht deswegen nicht entgegen, weil wir ja nicht behaupten, die Klage sei von vornherein nur auf eine Quote möglich; weil vielmehr die Klage von vornherein aufs ganze — auf die ganze Wechselforderung oder auf den ganzen girierten oder cedierten Teil desselben — geht, der Kläger also gegen den einzelnen auf das ganze legitimiert ist, kann er auch, wenn er will, jeden beliebigen Teil einklagen. Die Beschränkung der Klage auf die vertragsmässige Quote ist also nicht als Substanziierung derselben eben durch diesen Vertrag aufzufassen, beruht nicht in einer Teilung des Klagerechts, sondern im freien Willen des Klägers, welcher von vornherein die Minderung seines Rechtes durch im Prozesse zu erwartende Gegenrechte berücksichtigt.

Aber auch wo ein solcher gemeinschaftlicher Vertrag der Avalierung nicht zu Grunde liegt, hat der aufs ganze belangte Mitavalist Abwehrrechte, zunächst das *beneficium cedendarum actionum*, der Klagen gegen die übrigen nicht belangten Avalisten. Danach müsste aber der Belangte die ganze Summe zahlen, erwürbe die ganze Forderung; das würde sich wiederholen, bis die Reihe der Mitbürgen durch-exequiert wäre; der letzte aber müsste den ganzen Schaden

¹⁾ Seuff. Arch. Bd. 40 n. 47.

²⁾ Ueber die Zulässigkeit von Teilgiros, worüber Streit herrscht, s. Lehmann S. 491 ff.

tragen. Das *beneficium divisionis* kann wegen Art. 81 eine Einrede nicht hergeben: aber trotzdem gewährt gerade es den Anhalt zu glatter Erledigung des Ausgleichungsgeschäftes unter den verschiedenen Avalisten. Das gemeine Recht, eben weil es jedem das *beneficium divisionis* gestattet, sagt damit, dass im Zweifel jeden der Schaden pro parte treffen soll. Macht nun der Cessionar- oder Giratar-Mitbürge diesen Kopfteil, der eigentlich auf ihn selbst entfällt, gegen einen andern geltend, so macht er sich eines *dolus* schuldig und ist der *exceptio doli*¹⁾ ausgesetzt.

Ein Beispiel diene zur Erläuterung unserer Ansicht. Ein von A acceptierter Wechsel ist von B, C, D und E als Avalisten unterzeichnet; B zahlt die Wechselsumme gegen Cession oder Giro. Es kann nun die Abwicklung des Ausgleichungsgeschäfts, der Verteilung auf die verschiedenen Teilnehmer folgenden Gang nehmen. B belangt den C aufs ganze, dieser hat die *exceptio doli* auf $\frac{1}{4}$ nach Massgabe des oben gesagten, er hat ferner das *beneficium cedendarum actionum*. Wird ihm jetzt von B ein Teilgiro oder eine Teilcession (auf $\frac{3}{4}$) geleistet, so kann er gegen D nur $\frac{1}{2}$ einklagen, da ihm dieser kraft *exceptio doli* ein weiteres Viertel abziehen könnte; D kann aus den nämlichen Gründen von E nur noch $\frac{1}{4}$ verlangen, und damit wäre das Verteilungsgeschäft erledigt, E könnte aus dem ihm etwa cedierten $\frac{1}{4}$ niemand mehr belangen.

Für die Fälle der Verteilung durch einzelne immer um ein Viertel verminderte Indossamente, aber auch durch Vollindossamente oder Cedierung der vollen Summe bleibt doch noch einiges zu beachten. Hat B auf C den Wechsel indossiert, so kann dieser den D aufs ganze verklagen. D hat dann zunächst die Einrede des *dolus* wegen des den C treffenden $\frac{1}{4}$; aber auch wegen eines weiteren, denn D könnte ja seinerseits den C wieder aus dessen Giro belangen. Der Satz »*dolo facit, qui petit, quod redditurus est*«²⁾, würde hier die Einrede bezüglich des zweiten Viertels be-

¹⁾ Aehnlich mit teilweise anderer Begründung Böhlau a. a. O. S. 416.

²⁾ Ueber den *dolus* in diesem Falle s. Böhlau a. a. O. S. 414; ähnlich wie wir auch Lehmann S. 478 Anm. 10, Seuff. Arch. Bd. 25 n. 15 (ROHG), ROHG XVIII S. 367. Ueber die Verteilung des Schadens s. auch schweiz. Oblig.-Recht Art. 809.

gründen. Wollte aber der D die *exceptio doli* in diesem Falle auf die ganze Summe ausdehnen, da er ja als Indossatar dem C gegenüber Gläubiger wegen der ganzen Summe — formell wenigstens — ist, so würde darin selbst wieder ein *dolus* liegen. Ganz das gleiche würde gelten, wollte er seinen mittelbaren Vormann B belangen, denn dann wäre offenbar, dass er so nur handelte, um den ihn treffenden Schaden von sich auf die anderen abzuwälzen, und darin wird man stets mit Recht einen *dolus* sehen.

Ganz entsprechendes gilt für den Fall der Cession der ganzen Forderung, nur dass hier die *exceptio doli* in dem einen Fall nicht aus dem Satze »*dolo facit, qui petit, quod redditurus est*« entspringt, sondern daraus, dass der debitor cessus gegen den Cessionar auch die Einreden vorbringen kann, die er gegen den Cedenten hat. Belangt also C den D aufs ganze, so hat D die *exceptio* auf $\frac{1}{4}$, weil der C das ihn eigentlich treffende Viertel damit von sich abzuwälzen sucht, auf ein weiteres $\frac{1}{4}$, weil er wegen desselben aus dem nämlichen Grunde gegen den B die Einrede haben würde. Ähnlich verhält es sich dann bei E.

III. Untergang der Avalverpflichtung.

Wie in Entstehung und Inhalt, so ist auch im Erlöschen die Avalverbindlichkeit von der Hauptschuld abhängig; nicht allein geht die Avalverbindlichkeit durch die gleichen Rechtshandlungen unter, wie die Hauptschuld, sondern sie erlischt auch dadurch, dass diese untergeht.

Als das Ziel und normale Ende der Wechselobligation wie jeder Obligation kommt zunächst deren Erfüllung in Betracht, das ist die Zahlung der Wechselsumme. Die stattgefundene Zahlung ist im Prozesse aber stets als Einrede geltend zu machen; auch die Wechselzahlung begründet nur eine Einrede. Sofort taucht dabei die Frage auf, ob sie in *personam* oder in *rem* gehe.

Die Zahlung selbst berührt die Stellung des Schuldners zum Wechsel und seine dadurch vermittelte Stellung zu dem Zahlung empfangenden, und erst recht zu den übrigen Wechselgläubigern in keiner Weise. Sie liegt ausserhalb des Wechsels, dieser hat noch denselben Bestand wie vorher und kann noch jetzt von anderen erworben werden. Die

Schrift, das für Entstehung und Inhalt der Obligation massgebende Moment, ist noch unverändert, gutgläubig erwerbende Indossatare werden noch Wechselgläubiger¹⁾. — Weiter ist als *exceptio in rem* nur diejenige anzusehen, die sich aus der Urkunde selbst ergibt; aus der Schrift ist aber die Zahlung nicht ersichtlich, vielmehr bezeichnet sie den Zahler und den Zahlungsempfänger immer noch als Schuldner und Gläubiger. Aber nicht nur formell ist alles unverändert, der Wechselgläubiger ist auch noch Wechseleigentümer. Scriptur und fremdes Eigentum, diese beiden massgebenden Faktoren, sind noch vorhanden; sind sie im Stande, sogar trotz entgegenstehender ausserhalb des Wechsels liegender Thatsachen und Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Personen die Obligation zu erzeugen, warum sollten sie trotz solcher Momente dieselbe nicht erhalten können? Wird jene eigentümliche berechtigende Wirkung des Wechseleigentums lediglich durch die Scriptur erzeugt, einen Wechselakt, der doch de facto durch die Ordreclausel einer unbestimmten und unbestimmbaren Anzahl von Personen gegenüber geschah, so kann sie nicht durch eine einfache ausserwechselförmige Handlung einer einzigen dieser Personen gegenüber untergehen. Es bedarf also zunächst zur Aufhebung der Obligation einer Veränderung der Scriptur, der Gläubiger darf nicht mehr als Gläubiger, der Schuldner nicht mehr als Schuldner im Wechsel dastehen, dieser muss also quittiert sein.

Aber das genügt noch nicht; die Scriptur wirkt nur im Zusammenhange mit dem Eigentum am Papier. Der Eigentümer hat die Disposition über dasselbe, in seiner Hand liegt es, durch Quittung die Scriptur zu verändern oder nicht²⁾. Ja, der quittierende Eigentümer kann die Quittung wieder durchstreichen, und eine durchstrichene Quittung ist wirkungslos. Es ist ein im Handelsverkehr durchaus übliches und namentlich durch WO Art. 39 motiviertes Verfahren, dass der Wechselinhaber beim Incasso

¹⁾ Dies ist zwar nicht allgemein anerkannt, aber eine Consequenz der oben S. 66 ff. entwickelten Ansicht.

²⁾ Swoboda S. 33, welcher aber seine Ansicht, was wohl falsch ist aus Art. 39, 48, 54 ableitet; Seuff. Arch. Bd. 26 n. 173 (anders 24 n. 76) R. G. Bd. VII S. 67; vgl. aber Thöl a. a. O. § 183. Z. III.

(etwa durch dritte, Angestellte oder die Post, die zur Ausstellung von Quittungen nicht ermächtigt sind) im Voraus quittiert und so präsentieren lässt. Die Quittung ist dann sogar nur für den Fall der Zahlung gegeben und wird beim Protestfall wieder durchstrichen. Die Wechselforderung wird also dann erst definitiv untergegangen sein, wenn die Möglichkeit zur Zurücknahme der Quittung nicht mehr besteht, wenn das fremde Eigentum nicht mehr existiert, vielmehr der Schuldner das Eigentum erlangt hat. Damit ist das Erfordernis des *contrarius actus* gegeben; Zahlung, Vergleich, Compensation, Confusion¹⁾, Erlass, *datio in solutum* können die Veranlassung bieten, sie sind die *causae* zu dem Wechselfilgungsgeschäft, welches in der Uebergabe des quittierten Papiers besteht. Ja, geschieht das letztere auch ohne jene *causa*, so ist dennoch die Schuld als getilgt zu betrachten. Und so giebt es, wie nur eine Entstehungs-, so auch nur eine Endigungsart der Wechselobligation²⁾³⁾. — Die Zahlung der Wechselsumme, wie auch alle Zahlungssurrogate, begründet also nur eine persönliche Einrede⁴⁾, deren sich der Avalist nur dann bedienen kann, wenn er selbst, und gerade dem ihn eben aus dem Wechsel verklagenden Wechselinhaber gezahlt (compensiert u. s. w.) hat. Ist dagegen der Wechsel von seinem Hauptschuldner eingelöst, so ist auch seine Verpflichtung aufgehoben.

Es bleibt nun noch die Verjährung zu berücksichtigen; auch in diesem Punkte hat die WO über den Aval nichts ausdrückliches bestimmt. Es finden also auch hier die Grundsätze des Civilrechts Anwendung; danach hört die Bürgschaft auf, wenn die Hauptschuld verjährt ist. Denn wenn sich der Bürge gleich strenger verbindlich machen

¹⁾ Loewy a. a. O. S. 41, Swoboda S. 27, R. G. Bd. 19 S. 1 Böhlau a. a. O. S. 406.

²⁾ Als eigentliche Erfüllung des Wechsels kann die Zahlung auch nicht gelten, sondern nur die Einlösung, die Zahlung gegen das Papier; heisst es doch auch im Wechsel selbst: »zahlen Sie gegen diesen Wechsel.«

³⁾ Im vorigen ist hauptsächlich an die Zahlung und Einlösung durch den Acceptanten gedacht; beim Indossanten wird man bei Einlösung die Quittierung des Wechsels nicht gebrauchen können. An Stelle der Quittung tritt hier die einfache Durchstreichung des Indossaments.

⁴⁾ Ebenso ROHG Bd. XV S. 25.

kann als der Hauptschuldner, so ist dies doch im Zweifel nicht anzunehmen und vielmehr die Präsumpion dafür, dass er sich nur dem Hauptschuldner gleich habe verpflichten wollen, mithin auch nicht auf längere Zeit¹⁾. Hat er sich aber auf längere Zeit verpflichtet, so ist das massgebend.

Es bietet so die Auffassung des Avals als echter Bürgschaft überall die Handhabe zu leichter und billiger Behandlung des Avalisten im Verhältnis zu den übrigen Wechsellpersonen. Sie zeigt, dass die abstrakte Natur der Wechselobligation noch nicht auf allen Gebieten zum Durchbruch gekommen ist; noch ist im Aval eine causale Wechselverbindlichkeit vorhanden, wie die civile Bürgschaft davon abhängig und nur davon abhängig, dass eine Hauptschuld, an die sie sich anlehnt, existiert, gleichgültig allerdings, welche causa dieselbe ihrerseits hat. Der Aval ist eine neue, von dem Wechselrecht geschaffene Unterart der Bürgschaft, er ist die wechsellmässige Bürgschaft für eine Wechselschuld.

¹⁾ Treitschke a. a. O. Bd. I S. 261, Cosack S. 317.

Nachtrag.

Das bürgerliche Gesetzbuch, welches, wie seither das gemeine Recht, der WO gegenüber subsidiäre Bedeutung erlangen wird und welches im Texte vorliegender Abhandlung noch nicht berücksichtigt werden konnte, hat einige Bestimmungen über die Bürgschaft getroffen, die auch den Aval berühren. Sie seien hier noch kurz erwähnt. Besonders wichtig ist § 774: »Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über« Da in dieser Forderung beim Wechsel das Recht auf Sicherstellung enthalten ist, so geht auch es auf den Avalisten sofort mit Befriedigung des Gläubigers ipso jure über. Soweit es sich um den Hauptschuldner handelt, wird ferner das *beneficium cedendarum actionum* überflüssig, ebenso wird es nicht mehr nötig sein, auf die Grundsätze der Ehrenzahlung zurückzugreifen, um dem Avalisten den Zahlungsregress gegen jenen zu geben. Hinsichtlich der Vormänner aber bleibt es bei dem im Texte Gesagten. — Das oben S. 88 auf Grund des *beneficium divisionis* ausgeführte wird durch § 774 Abs. 2 B. G. B. und § 426 bestätigt.

Friedrich, Carl

Zur Lehre vom Wechselaval

1897

Merc. 78 id

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11815781-5